

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL/RO
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

ALEXSANDRO VIEIRA ALVES

A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA
AUTORIDADE POLICIAL NA *NOTITIA CRIMINIS*

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

CACOAL – RO

2017

ALEXSANDRO VIEIRA ALVES

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA
AUTORIDADE POLICIAL NA *NOTITIA CRIMINIS***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de
Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia –
Campus Professor Francisco Gonçalves Quiles sob a
orientação do Professor Especialista Jônathas Siviero.

CACOAL – RO

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

A474i Alves, Alexsandro Vieira.

A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância pela autoridade policial na
notitia criminis / Alexsandro Vieira Alves. -- Cacoal, RO, 2017.

60 f.

Orientador(a): Prof. Esp. Jônathas Siviero

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação
Universidade Federal de Rondônia

1. Direito. 2. Insignificância. 3. Bagatela. 4. Excludente. 5. Tipicidade. I.
Siviero, Jônathas. II. Título.

CDU 343

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA
AUTORIDADE POLICIAL NA *NOTITIA CRIMINIS***

Por:

ALEXSANDRO VIEIRA ALVES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* de Cacoal, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Mediante a Banca Examinadora Formada por:

Professor Esp. JÔNATHAS SIVIERO - UNIR - Presidente

Professora M.^a DAEANE ZULIAN DORST - UNIR - Membro

Professora Esp. GRACIELA FLAVIA HACK - UNIR - Membro

Conceito: Aprovado com nota 90.

Cacoal, 27 de Julho de 2017.

Dedico este trabalho à minha mãe Elza, que sempre estava presente incentivando e dando força, desde a infância, cobranças essas que me inspirou a alcançar meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ser um porto seguro nos momentos difíceis. Agradeço aos meus pais, por me apoiar sempre e ser paciente frente ao stress.

Agradeço ao meu orientador, Professor Esp. Jônathas Siviero, pela dedicação e presteza na realização deste trabalho, ao Carlos que no decorrer do curso sempre colaborando, aos demais amigos que sempre estavam presente dando apoio a essa longa caminhada.

"De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto."

Rui Barbosa

RESUMO

Neste estudo procura-se demonstrar por meio do método do raciocínio dedutivo que o princípio da insignificância, apesar de não ter previsão expressa na legislação brasileira, está amplamente aceito pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. Tendo em seu em seu escopo a busca por um direito penal excepcional que não se preocupa com a tutela de situações passíveis de serem solucionadas por outros ramos do direito, sendo assim, é mister que sua aplicação possa ser oportunizada ao Delegado de polícia já na fase do inquérito policial, possibilitando que o cidadão que produz a conduta insignificante, não seja submetido ao sofrimentos dos problemas estruturais da justiça e do sistema carcerário, sendo eles a morosidade processual e a superlotação prisional. Dessa forma, buscou-se analisar os entendimentos dos Tribunais acerca da incidência do princípio da insignificância que deve ser realizado apenas em momento posterior pelo Poder Judiciário, de acordo com as circunstâncias atinentes ao caso concreto, e que pelo contrário há um movimento crescente por parte dos delegados de polícia do país que mediante decisão fundamentada, devem deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, justificando o afastamento da tipicidade material com base no princípio da insignificância, sem prejuízo de eventual controle externo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Princípio da Insignificância. Crimes de bagatela. Excludente de tipicidade.

ABSTRACT

The purpose of this study is to demonstrate through the deductive reasoning method that the principle of insignificance, although not expressly provided for in Brazilian law, is widely accepted by the jurisprudence of the Superior Courts. Having in its scope the search for an exceptional criminal law that does not concern itself with guardianship of situations that can be solved by other branches of law, so it is necessary that its application can be opportune to the Police Delegate already in the phase of the Allowing the citizen who produces the insignificant conduct not to be subjected to the sufferings of the structural problems of justice and the prison system, being they the procedural delays and the overcrowding of the prison. In this way, we sought to analyze the Courts' understandings about the incidence of the insignificance principle that should only be realized at a later time by the Judiciary, according to the circumstances of the case, and that instead there is a growing movement on the part Of the country's police delegates who, by means of a reasoned decision, should stop drafting the arrest warrant in the red flag, justifying the removal of the materiality based on the principle of insignificance, without prejudice to any external control.

Keywords: Criminal law - Principle of Insignificance. Trial of trifle. Exclusion of typical.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.: Artigo
AgRg.: Agravo Regimental
AREsp.: Agravo em Recurso Especial
DJe.: Diário de Justiça Eletrônico
HC.: Habeas Corpus
Nº.: Número
REsp.: Recurso Especial
RHC.: Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STF.: Supremo Tribunal Federal
STJ.: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 TEORIA DO CRIME.....	12
1.1 CONCEITO DE CRIME	12
1.1.1 Fato típico.....	15
1.1.1.1 Conduta.....	15
1.1.1.2 Resultado	18
1.1.1.3. Relação de causalidade ou Nexo de Causalidade	19
1.1.2 Tipicidade penal.....	20
1.1.2.1 Tipicidade formal, material e conglobante	21
1.1.2.2 Excludente de Tipicidade e o Princípio da Insignificância	24
2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	26
2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	26
2.2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: ORIGEM	27
2.3 NATUREZA JURÍDICA	29
2.4 REQUISITOS DE APLICAÇÃO AUTORIZADORES DO USO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	32
2.5 MODALIDADES DE INSIGNIFICÂNCIA (PRÓPRIA E IMPRÓPRIA).....	36
2.6 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	38
2.7 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES	40
2.7.1 Principais casos de Reconhecimento da Aplicação do Princípio da Insignificância:	42
2.7.2. Principais casos de Não Reconhecimento da Aplicação do Princípio da Insignificância:.....	46
3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELOS DELEGADOS DE POLÍCIA	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O uso do princípio da insignificância hoje no direito penal é fundamento para a adoção de uma política-criminal mais eficiente, que assume um papel mínimo na intervenção dos conflitos sociais. Seu objetivo é levar em consideração a relevância do bem jurídico atingido no caso concreto, usando o método de raciocínio dedutivo e exploratório para fornecer elementos da aplicação do Princípio da Insignificância.

A intervenção mínima é uma forma de garantir a excepcionalidade do direito penal e tal entendimento iguala-se com aquilo que hoje o Supremo Tribunal Federal considera como vetores da aplicação da bagatela, que são: Mínima ofensividade da conduta do agente, Ausência de periculosidade social da ação, Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e Inexpressividade da lesão jurídica causada.

Portanto, verifica-se que o Direito Penal somente deve intervir nas condutas quando estritamente necessário, mantendo-se subsidiário e fragmentário, ou seja, quando houver relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Pelo princípio da intervenção mínima a ideia é quanto menos se usar o direito penal na vida das pessoas, mais eficiente o direito penal vai ser. A aplicação do direito penal deve ter natureza excepcional, só deve ser buscado quando não for possível tutelar a situação por outro ramo do ordenamento jurídico, devendo ser encarado como soldado de reserva, ou seja, *ultima ratio*. O principal objetivo deste ramo do direito é garantir o harmonioso convívio social, e através da coercitividade, impedir que condutas consideradas crime ou contravenção penal sejam realizadas.

Diante disso, o estudo detalhado de tal temática se faz necessário e elementar, uma vez que o princípio da insignificância é meio essencial para coibir o uso do direito penal de forma desarrazoada, além disso, a sua aplicação na esfera inquisitória do Inquérito Policial pode servir de instrumento para a diminuição de casos de abuso, bem como a economia do uso da máquina judicial.

No decorrer desta Monografia serão esclarecidos alguns pontos importantes referentes ao Princípio da Insignificância, tais como, conceito, aplicação e como se dá sua repercussão na

jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Também durante este estudo, será possível analisar a natureza jurídica do princípio da bagatela própria e de que forma ela se enquadra na análise do Fato Típico.

Para a construção desta Monografia foram feitas pesquisas em doutrinas, jurisprudências e artigos eletrônicos entre outros, possibilitando a realização de um trabalho esclarecedor do tema e que permitirá uma reflexão sobre sua repercussão no cenário social brasileiro, abordando desde os aspectos históricos do tema até sua repercussão social.

Por último, far-se-á reflexão sobre de que forma o princípio da insignificância vem sendo aplicado pelo Delegado de Polícia já na fase do inquérito policial e se os Tribunais Superiores se posicionam em favor ou contra a aplicação pelo Delegado de Polícia.

1 TEORIA DO CRIME

O ponto de partida para o estudo do princípio da insignificância é a identificação das teorias que são os pilares do direito penal, a fim de que se possa definir se um fato é criminoso ou não. Portanto, para que o fato seja considerado como crime deve-se elencar os elementos enunciativos, o que para a teoria majoritária são: fato típico, ilícito e culpável.

A despeito disso, o presente tópico elencará as principais teorias aplicadas para a determinação do delito, destacando cada um dos aspectos que envolvem os elementos do crime.

1.1 CONCEITO DE CRIME

No Brasil não há um conceito legal de crime no Código Penal, além disso, é importante dizer que se adota um conceito bipartido para as infrações penais, ou seja, crime e delito são sinônimos, representando uma das espécies de infração penal, ao passo que a contravenção, também conhecida como crime anão representa a outra espécie de infração penal. Em países como a França, esta classificação é tripartida, de modo que crimes, delitos e contravenções representam infrações penais distintas, sendo o crime a mais grave e a contravenção penal e menos grave. Assim explica Cunha (2016, p. 149):

No Brasil, infração penal é gênero, podendo ser dividida em crime (ou delito) e contravenção penal (ou crime anão, delito liliputiano ou crime vagabundo). Adotou-se o sistema dualista ou binário. Essas espécies, no entanto, não guardam entre si distinções de natureza ontológica (do ser), mas apenas axiológica (de valor). Conclui-se, com isto, que o rótulo de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano depende do valor que lhe é conferido pelo legislador: as condutas mais graves devem ser etiquetadas como crimes; as menos lesivas, como contravenções penais. Trata-se, portanto, de opção política que varia de acordo com o momento histórico-social em que vive o país, sujeito a mutações.

A Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei n. 3.914/41) nos fornece um critério de distinção entre o crime e a contravenção penal:

“Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Essa lei de introdução, sem nenhuma preocupação científico-doutrinária, limitou-se apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes

daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicável. Ao contrário dos Códigos Penais de 1830 (art. 2º, § 1º) e 1890 (art. 7º), o atual Código Penal (1940, com a Reforma Penal de 1984) não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional.

Para a doutrina o crime pode ser conceituado sob o aspecto material (considerando o conteúdo do fato punível), sob o aspecto formal e sob o aspecto analítico. Sob o aspecto formal, crime é toda conduta que atenta, colide frontalmente com a lei penal editada pelo Estado. É a simples contradição do fato com a norma, ou seja, conduta proibida por lei, com ameaça de pena criminal. Nesse ponto esclarece Masson (2014, p. 262) que o critério formal também é conhecido como critério legal e assim orienta:

Critério legal: Segundo esse critério, o conceito de crime é o fornecido pelo legislador. [...] Quando o preceito secundário cominar pena de reclusão ou detenção, teremos um crime. Tais modalidades de pena podem estar previstas isoladamente, ou ainda alternativa ou cumulativamente com a pena pecuniária. Por outro lado, se o preceito secundário não apresentar as palavras “reclusão” ou “detenção”, estará se referindo a uma contravenção penal, uma vez que a lei a ela comina pena de prisão simples ou de multa, isoladas, alternativa ou cumulativamente. Destarte, a distinção entre crime e contravenção penal é de grau, quantitativa (quantidade da pena), e também qualitativa (qualidade da pena) e não ontológica. Daí não nos parecer correto denominar esta última de “crimeanão”, inclusive pela ausência de critérios para tanto. Se tal terminologia fosse correta, não seria equivocado considerar que o homicídio é um “superdelito” e a injúria é um “crime pequenino”. Cuida-se, em essência, de espécies do gênero infração penal, diferenciando-se quanto à gravidade da sanção penal, mediante valores escolhidos pelo legislador. O valor eleito pelo legislador para tipificar uma conduta como crime ou contravenção penal pode variar ao longo do tempo. Foi o que aconteceu com o porte ilegal de arma de fogo. Até 19 de fevereiro de 1997, a conduta era definida como contravenção penal (art. 19 do Decreto-lei 3.688/1941), qualquer que fosse a natureza da arma de fogo. De 20 de fevereiro de 1997 até o dia 21 de dezembro de 2003, foi tipificada como crime pelo art. 10 da Lei 9.437/1997, sujeito às penas de detenção, de um a dois anos e multa. A partir do dia 23 de dezembro de 2003, entrou em vigor o Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/2003, punindo de forma ainda mais rigorosa o porte ilegal, podendo a sanção penal ser aumentada em razão da natureza e da qualidade da arma de fogo.

Já o conceito material é toda conduta humana que viola os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. É a análise voltada para a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pelo Estado, com a análise da conduta e sua consequente danosidade social. Para Nucci (2014, p. 137) o conceito material refere-se:

A concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, merecedora de pena. Esse conceito é aberto e informa o legislador sobre as condutas que merecem ser transformadas em tipos penais incriminadores.

É importante ressaltar que o critério material faz a relação entre a relevância do mal

produzido e os interesses e valores selecionados pelo legislador como merecedores da tutela penal, como bem explica Masson (2014, p. 262):

Critério material ou substancial: De acordo com esse critério, crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. Essa fórmula leva em conta a relevância do mal produzido aos interesses e valores selecionados pelo legislador como merecedores da tutela penal. Destina-se a orientar a formulação de políticas criminais, funcionando como vetor ao legislador, incumbindo-lhe a tipificação como infrações penais exclusivamente das condutas que causarem danos ou ao menos colocarem em perigo bens jurídicos penalmente relevantes, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Com efeito, esse conceito de crime serve como fator de legitimação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. O mero atendimento do princípio da reserva legal se mostra insuficiente. Não basta uma lei para qualquer conduta ser considerada penalmente ilícita – somente se legitima o crime quando a conduta proibida apresentar relevância jurídico-penal, mediante a provocação de dano ou ao menos exposição à situação de perigo em relação a bens jurídicos penalmente relevantes.

Apesar da existência dos conceitos acima, Greco (2017, p. 61) afirma que os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Há, pois a necessidade se apontar o conceito analítico ou estratificado de delito. Nas palavras de Cunha (2016, p. 149) o conceito analítico leva em consideração os elementos estruturais que compõem infração penal, prevalecendo fato típico, ilícito e culpável. Acerca do conceito analítico de crime, Nucci (2014, p. 332) ensina:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. **Justamente quanto ao conceito analítico é que se podem encontrar as maiores divergências doutrinárias** (grifo nosso).

Em relação a estes aspectos estruturais, existem três teorias: bipartida, tripartida e quadripartida. A teoria bipartida define crime como fato típico e antijurídico. Para esta corrente, a culpabilidade não é elemento do crime, e sim pressuposto para a aplicação da pena. A teoria tripartida sustenta que crime é o fato típico, antijurídico e culpável. Já para a quadripartida o crime composto por quatro elementos: fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Verifica-se nesse ponto que há grande divergência na doutrina acerca de qual teoria deve ser adotada do ponto de vista analítico, é o que aponta Nucci (2014, p. 332):

Crime é: a) um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena para René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, André Estefam, Cleber Masson, entre outros; b) um fato

típico, antijurídico, culpável e punível para Basileu Garcia, Muñoz Conde, Hassemer, Battaglini, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, entre outros; c) um fato típico e culpável, estando a antijuridicidade ínsita ao próprio tipo para Miguel Reale Júnior, entre outros adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo; d) fato típico, antijurídico e punível, constituindo a culpabilidade a *ponte* que liga o crime à pena para Luiz Flávio Gomes; e e) um fato típico, antijurídico e culpável. Nesta corrente, que é majoritária no Brasil e no exterior, e com a qual concordamos, dividem-se finalistas (Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, José Henrique Pierangeli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando de Almeida Pedroso, Jair Leonardo Lopes, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Rodolfo Tigre Maia, Jorge Alberto Romeiro, Luiz Luisi, David Teixeira de Azevedo, Rogério Greco, Reinhart Maurach, Heinz Zipf, Bustos Ramírez, Jiménez Martínez, entre outros) e causalistas (Nélson Hungria, Frederico Marques, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Paulo José da Costa Júnior, Vicente Sabino Júnior, Salgado Martins, Euclides Custódio da Silveira, Manoel Pedro Pimentel, Roque de Brito Alves, Fernando de Almeida Pedroso, Jiménez de Asúa, Baumann, Mezger, entre outros), além daqueles que são adeptos da teoria social da ação, propondo-se a ser uma tentativa de ajuste, num só quadro, dos principais aspectos do causalismo e do finalismo (Jescheck, Wessels, Schmidt, Engisch, Wolff, entre outros).

Em que pese às posições apresentadas o que prevalece é que o crime é fato típico, ilícito e culpável, uma vez que é sob o aspecto analítico que o Código Penal se filiou, ou seja, sistema tripartido.

1.1.1 Fato típico

Galvão (2010, p. 150) ensina que fato típico é todo comportamento humano que se amolda perfeitamente ao tipo penal. O crime é instituto uno que se compõe do fato típico e da ilicitude ou antijuridicidade, ou seja, qualidade do que é contrário ao direito. A culpabilidade, por sua vez, faz a ligação entre o crime e a pena a ser imposta. No entanto, tanto o ilícito quanto a culpabilidade subordinam-se ao fato típico.

Na regra geral, o fato típico possui os seguintes elementos: a) conduta (ação ou omissão); b) resultado; c) relação de causalidade; d) tipicidade e e) elemento subjetivo (dolo ou culpa).

1.1.1.1 Conduta

Conduta é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime (GALVÃO, 2010, p. 142). O Código Penal Brasileiro adota a teoria finalista da ação, que estabelece que só seja penalmente relevante a conduta praticada com dolo ou culpa; se esses elementos não existirem na conduta verificada no caso concreto, não há fato

típico, que é requisito genérico do crime.

A doutrina formulou algumas teorias para conceber a correta conceituação de conduta, sendo as principais:

Teoria naturalística, clássica, mecanicista ou causal: Nas palavras de Capez (2011, p. 138) tal teoria foi concebida no século XIX, no Tratado de Franz Von Liszt, e perdurou até meados do século XX, sob forte influência das ciências físicas e naturais e do positivismo jurídico, caracterizado pelo excessivo apego à letra expressa da lei. Segundo ela, conduta é qualquer comportamento humano que produz modificação no mundo exterior, independentemente da verificação de dolo ou culpa do agente (estes pertencem ao campo da culpabilidade). Capez (2011, p. 140-141) ainda explica:

[...] somente quando chegar o momento de aferição da culpabilidade é que será verificado se o agente atuou com dolo ou culpa. Esta concepção foi defendida por Ernst von Beling, um dos mais importantes representantes desta fase, que, em 1906, escreveu a sua monografia Teoria do delito.

Assim, para se concluir pela existência de crime, basta à mera relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado produzido. Essa teoria recebeu duras críticas e não foi adotada porque, além de não considerar a intenção do agente como elemento propulsor da conduta humana, não explicava suficientemente a existência dos crimes omissivos, de mera conduta e tentados.

Teoria neoclássica ou neokantista: Para a Teoria Neoclássica do Delito o fato típico exige um aspecto valorativo, onde a tipicidade não seria mais neutra, e sim valorativa. E do mesmo modo, a antijuridicidade não mais seria apenas a contrariedade do fato à norma, ou seja, houve o acréscimo da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado. Segundo Capez (2011, p. 143), surgiu como reação à concepção meramente positivista do tipo penal, vigente no sistema causal.

Acrescenta Cunha (2016, p. 179) que a teoria neokantista tem base causalista (por isso é também denominada de teoria causal-valorativa) e foi desenvolvida nas primeiras décadas do século XX. Tendo como maior expoente Edmund Mezger, fundamenta-se numa visão neoclássica marcada pela superação do positivismo (o que não significa sua negação) através da introdução da racionalização no método.

Teoria finalista: Criada por Hans Welzel em meados do século XX (1930-1960), essa teoria ensina que a conduta é todo comportamento humano, voluntário e consciente, dirigido a um fim. O mérito dessa teoria foi de ter constatado a existência do elemento subjetivo do

injusto, ou seja, a finalidade existente em toda conduta humana de comportar-se de modo contrário ao sentimento social de justiça. Dessa forma, se não existir vontade de realizar uma conduta reprovável, não há como enquadrar o fato num tipo legal. Nesse sentido ensina Capez (2011, p. 146):

Descobriu-se, assim, a finalidade, como elemento inseparável da conduta. Sem o exame da vontade finalística não se sabe se o fato é típico ou não. Partindo desse pressuposto, distinguiu-se a finalidade da causalidade, para, em seguida, concluir-se que não existe conduta típica sem vontade e finalidade, e que não é possível separar o dolo e a culpa da conduta típica, como se fossem fenômenos distintos.

Assim segundo Cunha (2016, p. 183), os finalistas entendem o crime como fato típico, antijurídico e culpável. “A grande mudança estrutural se opera realmente na culpabilidade. De fato, dolo e culpa, migram para o fato típico, o que rendeu críticas ao finalismo - que teria “esvaziado” a culpabilidade”. Portanto, o dolo e a culpa, fazem parte da conduta (e não da culpabilidade, como defendiam os seguidores da teoria causalista).

Destarte, para se concluir pela existência de crime é preciso que se busque, ao lado do evento produzido, a finalidade perseguida pelo agente.

Além disso, a doutrina subdivide a Teoria Finalista da Ação em: Teoria Finalista Bipartida em que a culpabilidade é um mero pressuposto para a aplicabilidade da pena e Teoria Finalista Tripartida que entende o crime como o fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável. Contudo, a doutrina majoritária utiliza a Teoria Finalista Tripartida como bem expõe Andreucci (2014, p. 138):

Nesse sentido, podemos afirmar que o nosso Código Penal seguiu a orientação da Teoria Finalista Bipartida. Assim, considerando que o juízo de censura (reprovabilidade) recai não apenas sobre o agente, mas também sobre a conduta por ele praticada, é forçoso concluir que deixa de haver reprovação social quando essa conduta é praticada por um inimputável, ou por alguém sob o domínio de coação moral irresistível, oportunidades em que o Código Penal diz estar o agente *isento de pena*, indicando claramente que existe crime, mas não se aplica a pena, por ausência de reprovação social (culpabilidade).

Em conclusão, embora a Teoria Finalista Tripartida seja a mais aceita pelos estudiosos do Direito Penal, inclusive na doutrina pátria, os fundamentos da Teoria Finalista Bipartida são inafastáveis, ainda mais à luz da redação de certos dispositivos do Código Penal, excluindo a culpabilidade através da utilização da expressão *é isento de pena*. Percebe-se claramente que inserir a culpabilidade como elemento do crime faz remontar à teoria clássica, onde o dolo e a culpa, como elementos subjetivos do injusto, integravam a culpabilidade.

Teoria Social da ação: segundo essa teoria, a conduta é toda ação socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. De forma sintética Andreucci (2014, p.139) explica que:

Nesse sistema, que teve como maior expoente Eberhard Schmidt, a Teoria Social da Ação despontou, na década de 1930, como reação ao conceito causal de ação influenciado pelo naturalismo. Para a Teoria Social da Ação, interessa ao Direito Penal apenas o sentido social da ação.

Essa teoria é uma ponte entre as anteriores. Não foi adotada em virtude da dificuldade em conceituar-se o que seja relevância social da conduta, tornando-se um critério vago e impreciso que, além de influir nos limites da antijuridicidade, torna também indeterminada a tipicidade, permitindo o arbítrio.

Teoria funcionalista: é caracterizado pela convicção de que a construção do conceito de fato punível deva ser teleológico-funcional e racional. Esse sistema denomina-se de funcionalismo penal, que consiste em saber a função que o Direito Penal pode desenvolver na sociedade. Destacam-se os estudos acerca da imputação objetiva e do resultado jurídico relevante. Saliente-se, ainda, a ruptura da barreira existente entre Direito Penal e política criminal. Acrescenta disso, leciona Andreucci (2014, p. 140):

O Sistema Funcionalista surgiu na Alemanha, a partir de 1970, com a obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de Claus Roxin, sustentando a função do Direito Penal como de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais, já que, como *última ratio*, sua preocupação deve ser com o caso concreto, dentro de uma ótica teleológica-racional. Claus Roxin desenvolveu o funcionalismo moderado, baseado na ideia de reconstruir a teoria do delito com base em critérios político-criminais.

Por fim, existe a Teoria Constitucionalista do Delito, a qual está sendo sustentada por doutrinadores conceituados como Zaffaroni, Fernando Capez e é adotada no Brasil por Luiz Flávio Gomes. Essa teoria entende que as finalidades do direito penal são condicionadas aos valores, princípios e regras estabelecidas pela Constituição. Ela trouxe uma tese nova, que defende a inexistência de crime sem ofensa ao bem jurídico (resultado jurídico, princípio da lesividade ou princípio da ofensividade).

1.1.1.2 Resultado

Segundo Cunha (2016, p. 228), a conduta (ação ou omissão sem a qual não há crime) pode advir dois resultados: naturalístico (presente em determinadas infrações) e normativo (indispensável em qualquer delito). Para a chamada teoria naturalística, resultado é a modificação que o crime provoca no mundo exterior, ou seja, aquilo que é produzido por uma conduta dolosa ou culposa do homem.

Ficam excluídas do conceito de resultado as modificações decorrentes dos fenômenos

da natureza, das hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou do comportamento de animais irracionais etc. Sendo assim considerados eventos.

Para a teoria naturalística, é possível que haja crime sem resultado, como nos delitos de mera conduta. Esclarece Cunha (2016, p. 228) que não se deve, todavia, confundir crime sem resultado com crime de perigo, uma vez que este possui resultado que é a situação de risco produzida pelo agente no caso concreto. O perigo, portanto, seja concreto ou abstrato, constitui resultado em matéria penal.

Muito embora no art. 13, caput do Código Penal Brasileiro, conste que para a existência de um crime é necessário um resultado, predomina na doutrina que se trata do resultado naturalístico. De acordo com entendimento praticamente pacífico em nossa doutrina, é essa a teoria adotada pelo legislador brasileiro no tocante ao resultado.

Por outro lado, Cunha (2016, p. 229) ensina que a teoria jurídica ou normativa sustenta que o resultado da conduta é a lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal (afetação jurídica). Por essa teoria, não há crime sem resultado, pois, sem lesão (ou perigo de lesão) ao interesse tutelado, o fato seria um irrelevante penal.

Segundo Andreucci (2014, p. 150), entendem os seus seguidores que delito sem evento constituiria conduta irrelevante para o Direito Penal, pois o que tem importância é a lesão jurídica, e não qualquer consequência natural da ação. Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, concede-se primazia ao resultado jurídico e não material.

De acordo com essa teoria, os crimes classificam-se em: materiais, formais e de mera conduta. São Materiais (quando o tipo penal descreve uma ação e um resultado, e exige este para o crime estar consumado), formais (quando o tipo penal descreve uma ação e um resultado, mas dispensa o resultado para fim de consumação) ou de mera conduta (quando o tipo penal descreve apenas uma ação).

Em outra classificação, os crimes podem ser de dano (quando pressupõe efetiva lesão ao bem jurídico tutelado) ou de perigo (quando a infração se verifica pela mera exposição a risco do bem jurídico).

1.1.1.3. Relação de causalidade ou Nexa de Causalidade

É a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o resultado dela proveniente. Acerca do conceito de causa, Andreucci (2014, p. 152) explica que o Código Penal

adotou a teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*¹), onde estabelece que causa seja a ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido. Assim, toda contribuição para o resultado é considerada sua causa. Logo, considera-se causa todo fato que concorre para a produção do resultado.

Ensina ainda Andreucci (2014, p. 152) que o Código Penal abre uma exceção à teoria da *conditio sine qua non*, para adotar, no termos do art. 13, § 1.º, a teoria da causalidade adequada. Já as causas absolutamente independentes (preexistentes, concomitantes e supervenientes) rompem totalmente o nexo causal e o agente só responde pelos atos até então praticados. Nas causas relativamente independentes preexistentes e concomitantes o agente responderá pelo resultado, a menos que não tenha concorrido para estes, seja com dolo ou culpa. Nas causas relativamente independentes supervenientes o agente não responde pelo resultado, mas tão somente pela tentativa (por força do art. 13, § 1.).

Quando se trata dos crimes omissivos impróprios, a omissão só tem relevância causal quando estiver presente o dever jurídico de agir que, de acordo com o art. 13, § 2.º, do CP.

Por fim, Cunha (2016, p. 229) esclarece que a doutrina tem mencionado que após a comprovação material e física entre a conduta e o resultado, deve ser verificado, ainda, como complemento à teoria da equivalência dos antecedentes, a causalidade normativa da conduta, também conhecida por teoria da imputação objetiva. Segundo essa teoria, o agente só poderá ser responsabilizado penalmente por um fato na hipótese em que a sua conduta, criar ou aumentar um risco proibido relevante, produzir um resultado jurídico previsto no âmbito de proteção da norma. Recebe esse nome porque procura descobrir se o fato pode ser imputado ao agente independentemente do seu dolo.

1.1.2 Tipicidade penal

Segundo Cunha (2016, p. 230) o fato típico é o primeiro substrato do conceito analítico de crime, contendo segundo a Teoria Finalista como elementos a conduta, resultado, nexo causal e a tipicidade. Sendo que o Tipo penal é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento, a lei, visa impedir que fosse praticada ou determinada que seja levada a efeito por todos nós. Tipo, portanto, é a descrição precisa do comportamento humano (incluindo-se aí a pessoa jurídica), feito pela lei penal.

¹ Expressão em latim: sem a/o qual não pode ser (CAPEZ, 2011, p. 103).

Nas palavras de Zaffaroni (2011, p. 389) o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas). Para Capez (2011, p. 211), o conceito de tipo, portanto, é o de modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, com a função de garantia do direito de liberdade.

É importante esclarecer que não se deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. Um fato típico é uma conduta humana, por isso prevista na norma penal, já a Tipicidade é a qualidade que se dá a esse fato.

O Tipo penal, pertence à lei, é o próprio artigo da lei e o Fato típico é inerente à norma penal. Do mesmo modo orienta Nucci (2014, p.155), sendo que:

Para cuidarmos do fato típico, devemos voltar os olhos aos conceitos de tipo penal, tipicidade, conduta, resultado e nexos causal, pois o fato típico é a síntese da conduta ligada ao resultado pelo nexos causal, amoldando-se ao modelo legal incriminador. Em outras palavras, quando ocorre uma ação ou omissão, torna-se viável a produção de resultado juridicamente relevante; constatada a tipicidade (adequação do fato da vida real ao modelo descrito abstratamente em lei), encontramos o primeiro elemento do crime.

Assim, Típica é a conduta que apresenta característica específica de tipicidade (atípica a que não apresenta); logo, tipicidade é a adequação da conduta a um tipo; tipo é a fórmula legal que permite averiguar a tipicidade da conduta.

1.1.2.1 Tipicidade formal, material e conglobante

Para compreensão do que é tipicidade penal é necessário conceber que sua concepção evoluiu conforme o direito penal, sendo dividida em formal, material e conglobante.

É importante ressaltar que a atual classificação de tipicidade passou por algumas mudanças, acerca disso ensina Cunha (2016, p. 245):

A teoria tradicional compreendia a tipicidade sob o aspecto meramente formal. Assim, conceituava-se a tipicidade como a subsunção do fato à norma. Deste modo, aquele que subtraía uma caneta "bic" de uma papelaria praticava conduta típica, ajustando-se seu comportamento à norma estampada no artigo 155 do Código Penal ("Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel").

Para a doutrina moderna, entretanto, a tipicidade penal engloba tipicidade formal e tipicidade material. A tipicidade penal deixou de ser mera subsunção do fato à norma, abrigando também juízo de valor, consistente na relevância da lesão ou perigo de lesão

ao bem jurídico tutelado. É somente sob essa ótica que se passa a admitir o princípio da insignificância como hipótese de atipicidade (material) da conduta. Assim, no exemplo acima, embora haja tipicidade formal, a conduta do agente que subtraiu a caneta "bic" não representa lesão relevante e intolerável ao bem jurídico tutelado.

A Tipicidade Formal nada mais é que estabelecer a ligação fato-tipo (contido na norma penal incriminadora), ou seja, é ligar a conduta praticada por alguém ao tipo penal. Se isso ocorrer, o fato é típico, senão, o fato se revela atípico.

Assim, podemos falar que a tipicidade é o enquadramento da conduta praticada pelo sujeito ativo à definição típica legal.

Ensina Cunha (2016, p. 231) que esse processo, pelo qual se faz a ligação fato-tipo, denomina-se adequação típica, e define da seguinte forma:

Adequação típica por subordinação imediata ou direta: ocorre quando há perfeita correlação entre conduta e tipo, sem a necessidade de qualquer outra norma para o enquadramento típico.

Adequação típica por subordinação mediata ou indireta: dá-se quando a conduta não se enquadra de forma direta ao tipo e há necessidade de se encontrar uma norma de extensão típica na parte geral.

Em se tratando de Tipicidade Material, esta aponta se o fato típico gerou para o bem jurídico tutelado uma lesão ou perigo de lesão grave. Vale-se a doutrina dos princípios da adequação social e da insignificância, que configuram as causas implícitas de exclusão da tipicidade material. Logo, consiste numa efetiva lesão ou ameaça ao bem jurídico protegido. Esta quando a lesão ou ameaça não se der de forma intolerável, não há crime, pelo fato de estar afastada a tipicidade material. Nas palavras de Bitencourt (2014, p. 106):

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

Ensina ainda Bitencourt (2014, p. 106) que predomina na doutrina penal e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para que ocorra o fato típico (tipicidade penal) não basta à adequação típica legal (tipicidade formal), nem a tipicidade subjetiva (é composta pelo dolo e pelo elemento subjetivo especial), devendo ainda ser analisada a tipicidade em seu aspecto material, consistente na valoração da conduta e do resultado.

Por fim, a Tipicidade Conglobante, teoria criada pelo doutrinador Eugênio Raul

Zaffaroni, na qual entende que na Tipicidade temos a soma da tipicidade formal com a tipicidade conglobante, que por sua vez é formada de tipicidade material e antinormatividade do ato (que se trata da conduta ou ato que é recriminado por todo o ordenamento jurídico ou não incentivado pela lei de modo geral) conforme demonstra a obra de (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 430-439).

O penalista Nucci (2014, p. 160) ensina que a análise do tipo conglobante, que é a visão do tipo legal, associado às demais normas que compõem o sistema. Assim, algo pode preencher o tipo legal, mas, avaliando-se a conduta conglobantemente, isto é, em conjunto com as demais regras do ordenamento jurídico, verifica-se que o bem jurídico protegido não foi afetado. Por isso, dizem Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 436):

[...] a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, visto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao ‘subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’ (art. 155, *caput*, do CP), mas que não é alcançada pela proibição do não furtarás.

Já Queiroz (2011, p. 357) explica da existência de três níveis para configuração da tipicidade conglobante, que são:

A teoria da tipicidade conglobante distingue, portanto, três níveis sucessivos e complementares de tipicidade: tipicidade legal (adequação do fato à formulação legal do tipo), tipicidade conglobante (antinormatividade, ou seja, violação da norma subjacente ao tipo) e tipicidade penal (tipicidade legal + antinormatividade), que é o resultado da conjunção das duas anteriores, sendo que a antinormatividade – que não se confunde com antijuridicidade – não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, porque requer uma investigação sobre a afetação do bem jurídico.

Portanto, para que exista a tipicidade penal segundo ensina Zaffaroni não basta à mera adequação do fato ao tipo (tipicidade legal), é indispensável à análise do ordenamento normativo para a comprovação da inexistência de norma que ordene ou norma que fomente determinada conduta. Estando presentes essas normas, mesmo que esteja configurada a tipicidade formal, não haverá antinormatividade e como consequência ficaria afastada a tipicidade penal, logo o fato é atípico. Um exemplo de conduta que se molda a esses preceitos é o estrito cumprimento de dever legal que afasta a tipicidade conglobante.

Ocorre que na Teoria da Tipicidade Conglobante o estrito cumprimento de dever legal e alguns casos de exercício regular de direito funcionam como causas de exclusão da tipicidade penal e não da ilicitude.

Por fim, no campo da tipicidade conglobante, deve-se analisar além da antinormatividade também a tipicidade material (se houve lesão relevante ao bem jurídico tutelado). Se o resultado afeta o bem jurídico de forma insignificante, afasta-se a tipicidade conglobante, logo o fato é atípico.

1.1.2.2 Excludente de Tipicidade e o Princípio da Insignificância

A doutrina aponta como excludente de tipicidade a aplicação da coação física absoluta; o princípio da insignificância, a aplicação do princípio da adequação social e a aplicação da teoria da tipicidade conglobante. De modo diverso, Nucci (2014, p. 178-179) ensina que as excludentes de tipicidade se dividem em legais e supralegais, sendo:

Quanto às excludentes de tipicidade, dividem-se em legais (expressamente previstas em lei) e supralegais (implicitamente previstas em lei). Como exemplos de excludentes legais, podemos citar: a) crime impossível (art. 17); b) intervenção médico-cirúrgica e impedimento de suicídio (art. 146, § 3.º); c) retratação no crime de falso testemunho (art. 342, § 2.º); d) anulação do primeiro casamento no crime de bigamia (art. 235, § 2.º).

[...] Por outro lado, existem as excludentes supralegais, que afastam a tipicidade, embora não estejam expressamente previstas no Código Penal, como ocorre com a adequação social e a insignificância.

O Princípio da adequação social foi criado por Hans Welzel, ele expõe que não se pode reputar criminosa uma conduta tolerada pela sociedade, ainda que se enquadre em uma descrição típica. Logo a condutas embora formalmente típicas, é materialmente atípica, porque é socialmente adequada. Do mesmo modo ensina Nucci (2014, p. 177):

À adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado. É o caso da colocação do brinco, algo tradicionalmente aceito, como meta de embelezamento, embora se possa cuidar de lesão à integridade física.

Outro importante apontamento é feito por Greco (2015, p. 106) ao esclarecer que o princípio da adequação social possui dupla função, sendo:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais

importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais.

No que se refere à coação física não há ação por parte de quem foi coagido, uma vez que o coato “não age, mas é agido”, enquanto na coação moral o coato exerce alguma vontade e ação, embora coagido. Mas a coação deve ser irresistível. Por conseguinte, a coação física irresistível exclui a própria conduta, a tipicidade material, por retirar a voluntariedade do movimento. Já a coação moral irresistível exclui a culpabilidade, por tornar conduta diversa inexigível.

Já a insignificância como bem explica Bitencourt (2012, p. 962) frequentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material, por não produzirem uma ofensa significativa ao bem jurídico tutelado. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Portanto, a insignificância afasta a tipicidade material sendo tal caráter amplamente aceito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como veremos no próximo capítulo.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Segundo o Dicionário Aurélio (2017), Insignificância é caráter de insignificante. Por sua vez o dicionário Michaelis (2017) conceitua que insignificância é coisa inútil, sem importância, quantia pequena; bagatela, bobagem, ninharia.

Na análise de Nucci (2015, p. 196), insignificante pode representar algo de valor diminuto ou desprezível, bem como algo de nenhum valor. Qualquer dos dois sentidos extraídos do vocábulo é apto a fornecer o quadro ideal dos delitos considerados insignificantes, portanto, os quase crimes.

Para tanto, o termo “insignificância” encontra relevo em nosso ordenamento enquanto princípio, sendo preciso destacar que princípio representa os chamados valores fundamentais cuja existência é essencial no sistema jurídico. Nesse sentido o administrativista Mello (2002, p. 807-808), explica:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Do mesmo modo acrescenta Bonavides (2002, p. 228 – 229) ensina que princípio representa a origem:

[...] onde designa as verdades primeiras, bem como têm os princípios, de um lado, “servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito positivo e, de outro, de normas obtidas “mediante um processo de generalização e decantação dessas leis [...].

Na órbita jurídica o Princípio da Insignificância ou Bagatela é bastante debatido na atualidade, principalmente ante a ausência de definição legal do que seria irrelevante penalmente (bagatela), ficando essa valoração ao arbítrio do julgador. O delito insignificante é aquele incapaz de causar prejuízo, danos à sociedade, quando, por exemplo, subtrai-se coisa de valor irrisório, que não seja suficiente para afetar o patrimônio da vítima.

O princípio da Insignificância nas palavras de Toledo (1994, p. 132) se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só alcan-

ça até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve se ocupar de bagatelas. Nesse sentido afirma Gomes (2009, p. 15):

Conceito de infração bagatela: infração bagatela ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.

O Princípio da Bagatela, não se refere ao valor venal do bem jurídico ofendido, ou seja, seu valor econômico, mas sim à insignificância da situação e do dano provocado ao contexto social, ou seja, a forma com que a ação ou omissão podem afetar a ordem social.

Por outro lado, Silva (2011, p. 84-85), entende que insignificância e bagatela são termos distintos: a primeira categoria se atrela a uma ideia de ninharia, algo de pouca ou nenhuma significância. A eleição de uma conduta para um processo que discutirá esse suposto conflito representa escassa lesividade, já o crime de bagatela seria uma ação formalmente típica que não chegou a lesionar um bem jurídico protegido, e por isso não deve ser perseguido pela instância penal.

2.2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: ORIGEM

A origem histórica do princípio da insignificância é muito controvertida na doutrina. Segundo Perissoli (2015, p. 1) o princípio da bagatela surgiu na Alemanha, da seguinte forma:

A origem do princípio da insignificância, ou, de acordo com os doutrinadores alemães, a “criminalidade de bagatela” remonta, em sua forma mais significativa, na Europa, a partir do século XX, devido às consequências causadas pelas duas grandes guerras mundiais. Os efeitos negativos provenientes de tais acontecimentos, tais como o desemprego e a falta de alimentos, juntamente com outros fatores, influenciaram a população fazendo surgir um surto de pequenos furtos, de relevância extremamente pequena.

Infere-se que, a origem deste instituto está envolta pelo caráter de patrimonialidade de seu destino, em outras palavras, a existência de um dano ao patrimônio, de forma mínima, inexistindo a caracterização de um prejuízo considerável a outrem, sendo assim, é tido como uma bagatela, e, desta forma, não há necessidade da tutela penal.

Verifica-se que nesse período histórico de guerras, os danos patrimoniais mínimos representam algo inofensivo, bagatela, a ponto de ensejar a interpretação de que o direito penal não deve operar.

Por outro lado, Andreucci (2014, p. 66) afirma que esse princípio deita suas raízes no Direito Romano, onde se aplicava a máxima civilista *de minimis non curat praetor*², sustentando a desnecessidade de se tutelar lesões insignificantes aos bens jurídicos (integridade corporal, patrimônio, honra, administração pública, meio ambiente etc.).

Diomar (1998, p. 03) explica que não se pode negar que o princípio já vigorava no direito romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de natureza bagatelar, consoante a máxima contida no brocardo de *minimis non curat praetor* (o magistrado não deve preocupar-se com as questões insignificantes)”. Ainda, ressalte-se outro brocardo romano, “*De minimis non curat Lex*”. Acerca do brocardo *minimis non curat praetor*, Silva (2011, p. 87) comenta da existência de vestígios obra de Franz Von Liszt de tal princípio, sendo:

O recente aspecto histórico do Princípio da Insignificância é, inafastavelmente, devido a Claus Roxin, que, no ano de 1964, o formulou com base de validade geral para determinação geral do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina *minima non curat praetor*.

Conquanto a formulação atual do Princípio em debate tenha sido realizada por Roxin, encontramos vestígios dele na obra de Franz von Liszt, que, em 1903, ao discorrer sobre a hipertrofia da legislação penal, afirmava que a legislação de seu tempo fazia uso excessivo da pena e, ao final, indaga se não seria oportuno restaurar a antiga máxima latina *minima non curat praetor*.

[...] Assim, não obstante a formulação contemporânea do Princípio da Insignificância, não há como se ocultar que sua origem se encontra no antigo brocardo romanístico *minima non curat praetor*, ou de *minimis praetor non curat*, como aparece mencionado em numerosos autores que desde o século XIX o invocam a pedem sua restauração: Carrara, von Liszt, Quintiliano Saldaña, Claus Roxin, Baumann, Zaffaroni, dentre outros.

Nesse mesmo sentido, afirma Masson (2014, p. 25-26) que o Princípio da Insignificância ou da criminalidade de bagatela: Surgiu no Direito Civil, derivado do brocardo de *minimus non curat praetor*. O Direito Penal não deve se ocupar de assuntos irrelevantes, incapazes de lesar o bem jurídico legalmente tutelado.

Na década de 1960, com os estudos de Claus Roxin, que propunha a exclusão da tipicidade em crimes que não produzam significativas lesões aos bens juridicamente tutelados, o Princípio da Insignificância passou a ser estudado com bastante ênfase e ganhou proporções. Assim aponta Bitencourt (2012, p.113):

O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino ‘*minima non curat praetor*’. A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade a bens jurídicos protegidos, pois nem sempre

² Expressão em latim: “o magistrado não deve preocupar-se com as questões insignificantes” (ANDREUCCI, 2014, p. 66).

qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Portanto para Roxin (2000, p. 28) somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.

Não se pode negar que a evolução do princípio da insignificância está diretamente relacionada ao princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*³), passando por diversas transformações ao longo dos tempos, tornando a mais forte e sólida garantia à liberdade individual dentro de um Estado de Direito, Princípio este que estabelece que não há crime nem pena sem lei que os defina. A maior expressão da influência deste princípio conforme ensina Silva (2011, p. 89-90) foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1879, nos artigos 5º, 7º e 8º que sugeriram o princípio da insignificância. Silva (2011, p. 86-87) ainda leciona que “a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade, o que cria um caráter seletivo para o Direito Penal e desprezo às ações insignificantes”.

No Brasil, o princípio da insignificância não está previsto em nenhum instrumento legislativo, seu uso no país foi introduzido com o estudo de autores como: Luiz Ribeiro Lopes, Luiz Flávio Gomes, Odone Sanguiné, Diomar Ackel Filho, Francisco de Assis Toledo, entre outros.

Assim, só se pode punir conduta na esfera do direito penal se esta estiver prevista expressamente no ordenamento como infração penal. Este princípio representa uma forma de afastar, em tese, o arbítrio de quem vai aplicar o Direito Penal.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

Segundo Silva (2011, p. 158) é entendimento majoritário, sustentado por Francisco de Assis Toledo, Diomar Ackel e Odone Sanguiné, o Princípio da Insignificância possui natureza jurídica que causa a excludente de tipicidade.

³ Expressão em latim: “não há crime, nem pena sem lei” (SILVA, 2011, p. 89).

Portanto, observa-se que o princípio da insignificância atua no ordenamento como parâmetro restritivo de interpretação da norma penal.

É essencial analisar a prática delituosa bem além de seu aspecto típico-formal, visto que há condutas cujo dano social é irrelevante, logo a tipicidade material atua como meio necessário para descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal. O doutrinador Bottini (2012, p. 525) ressalta a estreita relação entre a insignificância e a tipicidade material, sendo que:

No campo dogmático, a construção do princípio da insignificância não seria possível sem o desenvolvimento de um conceito de tipicidade material apresentado pela escola sul-ocidental alemã, também conhecida como escola neokantista. Para esse pensamento, o comportamento delitivo deve, além de violar a norma penal, afetar as normas de valoração reconhecidas culturalmente. Assim, nem sempre a ação adequada ao tipo penal será materialmente típica – será necessário integrá-la com elementos valorativos que revelem seu prejuízo social. A integração desse conceito de tipicidade material com a ideia de que a missão última da repressão estatal é a proteção de bens jurídicos e não de meros comportamentos imorais permite o desenvolvimento do princípio da insignificância.

No Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2007), o Ministro Celso de Mello em análise do HC 92.463/RS firmou entendimento pacífico em que a incidência da Insignificância afasta a Tipicidade material, quando diz que o princípio da insignificância — deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal — tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Portanto, o princípio da insignificância relaciona-se com o fato típico (análise do desvalor da conduta e do resultado). Que nas palavras do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008) significa:

[...] salientou-se que a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os **requisitos de ordem objetiva** autorizadores da incidência do aludido princípio (grifo nosso).

Exigindo-se ainda os chamados requisitos subjetivos, que na definição do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2007) são:

Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão.

A demonstração do prejuízo social quando ocorre o delito é crucial para determinar a necessidade ou desnecessidade da atuação penal. Aponta Bottini (2012, p. 525):

O agir típico agrega o desvalor da ação e o desvalor do resultado, sendo este último a afetação naturalística ou jurídica do bem protegido pela norma penal. No entanto, a consagração do desvalor da ação como núcleo fundamental do injusto pelo finalismo afetou o papel do resultado como referencial da ação típica, a ponto de alguns autores reconhecerem que a proteção de bens jurídicos não seria tarefa imediata e direta do direito penal, cuja função central seria apenas cuidar da formação ético-social dos cidadãos.

Tem-se aqui uma amplitude da análise do desvalor do resultado que voltou a assumir um papel de destaque na estrutura do delito, não a ponto de substituir ou afastar o desvalor da ação, mas a ser considerado no momento de afastar ou não a tipicidade material. Acerca da necessidade de se apontar a lesividade do resultado ensina o idealizador do Garantismo Penal, Ferrajoli (2010, p. 380):

A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Palavras como "lesão", "dano" e "bem jurídico" são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um "bem jurídico" e que sua lesão é um "dano" é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um "bem penal" significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena. Mas isto significa também, inversamente, que um objeto "deve ser" (julgado e considerado como) um "bem" para que esteja justificada sua tutela penal e, mais ainda, que o valor que ao mesmo associado deve ser superior ao do que se atribui aos bens de cuja ofensa não decorra pena alguma. Sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do direito penal: trata-se da essência mesma do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretendem alcançar.

Verifica-se assim como nas palavras de Silva (2011, p. 70) que havendo a constatação da falta de proporcionalidade entre o fato insignificante e o castigo a ser aplicado ao autor, é necessária a absolvição do acusado, pois se encontra ausente à justificação ética da pena.

Convém ressaltar que a aplicação do princípio da insignificância vai muito além do caráter da mínima ofensividade, sendo também legítimo instrumento concretizador de política criminal, especialmente no que diz respeito à diminuição da superlotação carcerária. Assim entende Bottini (2012, p. 532):

Ainda que tal revalidação do desvalor do resultado ofereça, no entanto, instrumentos dogmáticos para a construção do princípio da insignificância, e possibilite sua construção a partir da teoria do bem jurídico, sua aplicação jurisprudencial recente no Brasil não parece ter lastro em uma reflexão dogmática sobre os contornos da

tipicidade material, mas se escora em razões distintas e mais pragmáticas: a crise de superlotação penitenciária e uma demanda político-criminal de evitar o encarceramento de pessoas que praticaram delitos patrimoniais de pequena monta, em face dos efeitos prejudiciais oriundos desse período de privação de liberdade, em especial a contribuição do ambiente carcerário para a marginalização do detento e seu direcionamento para a prática de delitos mais graves.

Assim, ainda que o princípio da insignificância – como mencionado – seja resultado de uma concepção complexa de tipicidade material decorrente da reconsagração do desvalor de resultado, da qual resulta uma interpretação restritiva de direito penal, mais humanista e garantista, a aceitação do conceito pela jurisprudência como um instrumento legítimo de interpretação da norma penal decorreu de uma constatação política e prática: o encarceramento em massa é inviável sob a perspectiva de seu custo econômico e baixo benefício social.

Cabe ressaltar que o Princípio da Insignificância não visa à impunidade do infrator quando diante de conduta insignificante, mas o afastamento da atuação penal, devendo ser aplicada sanção por outros meios (moral, civil, trabalhista, etc.).

2.4 REQUISITOS DE APLICAÇÃO AUTORIZADORES DO USO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O penalista Nucci (2015, p. 194-196) aponta em sua obra Princípios constitucionais penais e processuais penais, três requisitos mínimos para aplicação do princípio da insignificância sendo eles: 1. Consideração do valor do bem jurídico em termos concretos, 2. Consideração da lesão ao bem jurídico em visão global e 3. Consideração particular aos bens jurídicos imateriais de expressivo valor social. Vejamos cada um deles de forma separada.

No que se refere à consideração do valor do bem jurídico em termos concretos, verifica-se que deve ser analisado de acordo com o caso concreto as circunstâncias do fato e de que modo essa conduta reflete na vítima, na sociedade.

Assim vem entendendo o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012), como ficou demonstrado no julgamento HC 109.183/RS, em que o Ministro Relator Luiz Fux consignou-se que o princípio da insignificância não haveria de ter como parâmetro tão só o valor da res furtiva, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato e o reflexo da conduta do agente no âmbito da sociedade, para decidir sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela. Logo, se faz necessário observar a dimensão do dano do ponto de vista da vítima e não do agressor, assim preleciona Nucci (2015, p. 194):

O bem jurídico tutelado há de ser considerado sob o ponto de vista da vítima e não somente do agressor ou da sociedade em geral. Em especial, no contexto dos delitos patrimoniais, coisas inúteis ou de reduzido valor para alguns, constituem relevantes bens para outros. Exemplificando, o furto de uma telha, que cubra um barraco, pode

significar representativo valor ao ofendido. Logo, procurando-se o Estado para fazer valer a sua força punitiva, caso se desconsidere como tal o ato praticado, indicando não constituir furto, visto que diminuto o valor do bem em foco, ter-se-ia a indevida elitização do Direito Penal, desprotegendo os menos favorecidos para iluminar, unicamente, o patrimônio dos afortunados.

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2012) em julgamento do REsp 1.224.795/RS pelo relator Ministro Gilson Dipp, ressalta a necessidade de verificar a importância do objeto ante a situação econômica da vítima, entendendo que “a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado”.

Por outro lado, a doutrina aponta que objetos cujo valor se realiza apenas no campo sentimental, devem ser considerados a título de bagatela. É o que ensina Nucci (2015, p. 195):

Sob outro prisma, idiosincrasias à parte, não se pode pretender tutelar, penalmente, coisa de valor puramente sentimental, ao menos no contexto do patrimônio. Danos ou subtrações de bens sem qualquer valor econômico chegam a constituir, na realidade, danos morais, jamais materiais. O Direito Penal não há de incluir sob seu cenário tais situações. Ilustrando, o furto de um chaveiro brinde, de ínfimo valor econômico, será sempre a subtração de coisa de bagatela, mesmo que, para a vítima, seja considerada coisa de estimação.

Outro critério apresentado por Nucci (2015, p. 195) é o da consideração da lesão ao bem jurídico em visão global, nele o doutrinador defende que para a análise da insignificância é necessário se fazer a ponderação entre o fato e a punição, de modo que quando o agente ferir bem jurídico de menor expressão é fundamental haver proporcionalidade entre o valor do bem aparentemente lesado e a sanção penal eventualmente merecida e como consequência, evitar qualquer possibilidade de lançamento de alguém ao cárcere, já que ante a crise do sistema prisional brasileiro pode representar sério risco de vida ou de grave lesão à integridade física ou à sua saúde.

Em consonância a esse caráter de política criminal do princípio da Insignificância o STF (BRASIL, 2011) em julgamento do HC 97220/MG de Relatoria do Ministro Ayres Brito, entendeu o seguinte:

O princípio da insignificância penal é doutrinariamente versado como vetor interpretativo do fato penalmente típico. Vetor interpretativo que exclui da abrangência do Direito Penal condutas provocadoras de ínfima lesão a bem jurídico alheio. Tal forma de interpretação visa, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que se deve ocupar apenas das infrações

tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.

Além disso, Nucci (2015, p. 195) ainda deve-se ressaltar a necessidade de identificar a prática da conduta de modo global e não isolado, vejamos:

O enfoque de determinada lesão, quando concebida apenas a unidade, pode levar à conclusão equivocada de se tratar de infração irrelevante. Porém, aberta a análise do caso concreto, pode-se perceber que a unidade não é e nunca foi o intuito do agressor, mas, em verdade, a sua meta é o agrupamento de lesões unitárias, com o fito de atingir expressivo valor. Imagine-se o funcionário de determinada loja, determinado a subtrair um motor de relevante valor. Entretanto, para encobrir sua ação, divide-a em várias subtrações, que, unitariamente consideradas, seriam insignificantes. Ora, o conjunto desmente a visão particularizada do real caso concreto. Nenhuma bagatela houve, focando-se a essência da conduta criminosa e seu autêntico contexto lesivo.

O último critério apresentado por Nucci (2015, p. 196) é o da Consideração particular aos bens jurídicos imateriais de expressivo valor social nele verifica-se que a tutela penal não se estende apenas aos bens jurídicos materiais, tais como o patrimônio, a integridade física, a vida, dentre outros. Alcança, ainda, e cada vez mais, os bens imateriais, porém de relevante valor à sociedade, tais como a moralidade administrativa, a honra, o meio ambiente, a saúde pública, a paz social, dentre outros.

De modo geral, verifica-se que a doutrina defende que para ficar configurada a incidência da bagatela é necessária a consideração das condições pessoais da vítima, a extensão do dano causado ao ofendido e a análise do caso concreto, de acordo com as suas especificidades, e não no plano abstrato.

Sobre a extensão do dano é importante citar o julgado do STF (BRASIL, 2009), no HC 96003/MS em que o Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, desqualifica a insignificância ante a importância do bem objeto de furto para o ofendido era “pessoa humilde”, é o que diz o julgado:

[...] Asseverou-se que, embora o reconhecimento da atipicidade penal pela insignificância dependa da constatação de que a conduta seja a tal ponto irrelevante — desvalor da ação e do resultado — que não seja razoável impor-se a sanção penal descrita na lei, isso não ocorreria na espécie. **Enfatizou-se que a bicicleta fora furtada de pessoa humilde e de poucas posses, que a utilizava para se deslocar ao seu local de trabalho, de modo a revelar que esse bem era relevante para a vítima, e cuja subtração repercutira expressivamente em seu patrimônio** (grifo nosso).

Mesmo diante de apontamentos da doutrina acerca dos requisitos, o STF, após inúmeros julgados, a fim de uniformizar o modo de aplicação do princípio da insignificância, previu a necessidade de existência de requisitos subjetivos e objetivos para aplicação do princí-

pio da bagatela.

No que refere aos requisitos objetivos, o Supremo entende ser quatro vetores, são eles: mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica causada. Aponta o *leading case*⁴ do STF (BRASIL, 2007) que perfilha tal entendimento:

O princípio da insignificância — que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal — tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. **Tal postulado — que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** — apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: *de minimis, non curat praetor*. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor — por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes — não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (grifo nosso).

Alguns autores criticam a criação dos chamados vetores como demonstra o doutrinador Queiroz (2011, p. 143):

Mas tais requisitos são claramente tautológicos. Sim, porque, se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo.

Em se tratando dos requisitos subjetivos, no RHC 31.612-PB, o Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz do Superior Tribunal de Justiça definiu que para aplicação da insignificância em crimes de descaminho além dos requisitos objetivos estipulados pelo STF, é necessário o atendimento de mais dois requisitos, sendo de ordem objetiva a necessidade que o valor dos tributos não pagos seja inferior dez mil reais e a título de requisito subjetivos que o agente não pode se tratar de criminoso habitual. É o que diz o julgado do STJ (BRASIL, 2014):

⁴ Expressão em Inglês: “caso paradigmático” (CASTRO, 2014, p. 1).

DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA HIPÓTESE DE REITERAÇÃO DA PRÁTICA DE DESCAMINHO. A reiterada omissão no pagamento do tributo devido nas importações de mercadorias de procedência estrangeira impede a incidência do princípio da insignificância em caso de persecução penal por crime de descaminho (art. 334 do CP), ainda que o valor do tributo suprimido não ultrapasse o limite previsto para o não ajuizamento de execuções fiscais pela Fazenda Nacional. **Com efeito, para que haja a incidência do princípio da insignificância, não basta que seja considerado, isoladamente, o valor econômico do bem jurídico tutelado, mas, também, todas as circunstâncias que envolvem a prática delitiva, ou seja, “é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social” (STF, HC 114.097-PA, Segunda Turma, DJe 14/4/2014).** Nessa linha, o princípio da insignificância revela-se, segundo entendimento doutrinário, importante instrumento que objetiva restringir a aplicação literal do tipo formal, exigindo-se, além da contrariedade normativa, a ocorrência efetiva de ofensa relevante ao bem jurídico tutelado (tipicidade material). A par disso, se de um lado a omissão no pagamento de tributo relativo à importação de mercadorias é suportada como irrisória pelo Estado, nas hipóteses em que uma conduta omissiva do agente (um deslize) não ultrapasse o valor de R\$ 10 mil, de outro lado não se pode considerar despida de lesividade (sob o aspecto valorativo) a conduta de quem, reiteradamente, omite o pagamento de tributos sempre em valor abaixo da tolerância estatal, amparando-se na expectativa sincera de inserir-se nessa hipótese de exclusão da tipicidade. Nessas circunstâncias, o desvalor da ação suplanta o desvalor do resultado, rompendo-se, assim, o equilíbrio necessário para a perfeita adequação do princípio bagatelar, principalmente se considerada a possibilidade de que a aplicação desse instituto, em casos de reiteração na omissão do pagamento de tributos, serve, ao fim, como verdadeiro incentivo à prática do descaminho. Desse modo, quanto à aplicação do princípio da insignificância é preciso considerar que, “se de um lado revela-se evidente a necessidade e a utilidade da consideração da insignificância, de outro é imprescindível que sua aplicação se dê de maneira criteriosa. Isso para evitar que a tolerância estatal vá além dos limites do razoável em função dos bens jurídicos envolvidos. Em outras palavras, todo cuidado é preciso para que o princípio não seja aplicado de forma a estimular condutas atentatórias aos legítimos interesses dos supostos agentes passivos e da sociedade” (STJ, AgRg no REsp 1.406.355-RS, Quinta Turma, DJe 7/4/2014). Ante o exposto, a reiteração na prática de supressão ou de elisão de pagamento de tributos justifica a continuidade da persecução penal. Precedente citado do STJ: RHC 41.752-PR, Sexta Turma, DJe 7/4/2014. Precedente citado do STF: HC 118.686-PR, Primeira Turma, DJe 3/12/2013 (grifo nosso).

Destarte verifica-se que para a configuração do princípio da insignificância deve-se ter claro o desvalor do resultado e da conduta de modo que estejam presentes os quatro vetores de aplicação de princípio, e para alguns doutrinadores e jurisprudência dominante é necessário que se faça a aferição subjetiva do caso a fim de se verificar se há ou não antecedência criminal.

2.5 MODALIDADES DE INSIGNIFICÂNCIA (PRÓPRIA E IMPRÓPRIA)

O princípio da insignificância quando se trata da infração bagatelar própria (o fato já nasce bagatelar), estando diante de uma causa de exclusão da tipicidade material da conduta.

Por outro lado, quando se fala da infração bagatela imprópria, estamos diante de ação cujo desvalor da conduta e desvalor do resultado estejam configurados (o fato é típico e ilícito, o agente é dotado de culpabilidade e o Estado possui o direito de punir “punibilidade”, contudo, se verifica posteriormente a desnecessidade da aplicação de pena). Acerca da desnecessidade de reprimenda no princípio da insignificância ou batela imprópria Masson (2014, p. 148) orienta:

Mas, após a prática do fato, a pena revela-se incabível no caso concreto, pois diversos fatores recomendam seu afastamento, tais como: sujeito com personalidade ajustada ao convívio social (primário e sem antecedentes criminais), colaboração com a Justiça, reparação do dano causado à vítima, reduzida reprovabilidade do comportamento, reconhecimento da culpa, ônus provocado pelo fato de ter sido processado ou preso provisoriamente etc.

O princípio da bagatela imprópria sem previsão legal no Brasil é também conhecido como princípio da irrelevância penal do fato. Tal princípio encontra suas origens na finalidade da pena, em especial na Teoria da Prevenção Especial. No que se refere à Teoria da Prevenção Especial, explica Bittencourt (2012, p. 367):

A Teoria da Prevenção Especial visa apenas o delinqüente, objetivando que este não volte a praticar novos delitos. Essa teoria não busca retribuir o fato passado e também não se dirige a coletividade. Ou seja, o fato se dirige a uma pessoa determinada que é o sujeito delinqüente. Deste modo, a pretensão dessa teoria é evitar a reincidência. E, para isso, utiliza-se da pena de prisão. No entanto, os seus partidários falam em medidas e não em pena, uma vez que, segundo eles, a pena implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade e a medida supõe que o delinqüente é um *sujeito perigoso* e, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade.

Portanto, a Teoria da Prevenção Especial é dirigida especialmente a quem cometeu o crime e não a todo mundo, e após a prática do crime. Destarte, se a pena não se mostra mais necessária naquele caso concreto, logo, se diz que ela é desnecessária. Para tanto, é preciso se analisar a situação fática do caso concreto é o que ensina Masson (2014, p.148):

A análise da pertinência da bagatela imprópria há de ser realizada, obrigatoriamente, na situação fática, e jamais no plano abstrato. Nesse contexto, o fato real deve ser confrontado com um princípio basilar do Direito Penal, qual seja, o da necessidade da pena, consagrado no art. 59, *caput*, do Código Penal. O juiz, levando em conta as circunstâncias simultâneas e posteriores ao fato típico e ilícito cometido por agente culpável, deixa de aplicar a pena, pois falta interesse para tanto. Exemplo: “A” cometeu o crime furto privilegiado (CP, art. 155, § 2.º). Dois anos depois do fato, sem ter ainda se verificado a prescrição, nota-se que ele não apresentou nenhum outro deslize em seu comportamento, razão pela qual a pena quiçá revele-se prescindível para atender às finalidades do Direito Penal.

Em suma, o princípio da bagatela imprópria tem fundamento na finalidade da pena, sobretudo na desnecessidade da pena. E o fundamento legal está no art. 59 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940):

Art. 59 do CP- O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime** (grifo nosso).

Logo, o princípio da bagatela imprópria é uma causa de exclusão da Punibilidade Concreta do Fato em decorrência do desvalor ínfimo da reprovabilidade ou do desvalor social, sendo o sujeito ativo do crime regularmente processado, cabendo ao Poder Judiciário a análise das circunstâncias dos fatos, se cabe ou não a exclusão da pena. É importante ressaltar que para a existência da bagatela imprópria é imperioso o afastamento da insignificância própria.

2.6 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello ao conceder a liminar pedida no Habeas Corpus (HC) 84412, afirmou que o princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal. (BRASIL, 2004).

Tem-se que o Direito Penal deve tutelar ou proteger os bens jurídicos ditos relevantes para a sociedade, de modo que deve ser mínimo, no sentido de que, antes de se utilizar esta via para a proteção do bem jurídico, deve-se observar se existiria algum meio mais eficaz ou menos danoso para os envolvidos, que pudesse dar uma resposta ao caso concreto.

Sob o enfoque minimalista o Direito Penal deve ser subsidiário, ou seja; somente estará legitimada a atuação do Direito Penal diante do fracasso de outras formas de controle jurídicas. Nesse sentido é a lição de Masson (2014, p. 56):

Princípio da intervenção mínima ou da necessidade: afirma ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico. A intervenção mínima tem como destinatários principais o legislador (que deve ser moderado no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento) e o intérprete do Direito (que não deve proceder à operação de tipicidade quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a criação, pelo legislador, do tipo penal incriminador). É utilizado para amparar a corrente do direito penal mínimo. A compreensão daquilo que se entende por intervenção mínima varia de acordo com as

correntes penais e com a interpretação dos operadores do Direito. O princípio da intervenção mínima subdivide-se em outros dois: fragmentariedade e subsidiariedade.

Ressaltando o caráter subsidiário do Direito Penal, Bitencourt (2012, p. 98) assevera:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Portanto, verifica-se que a fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima, e para Batista (2005, p. 85), a fragmentariedade é uma das características do princípio da intervenção mínima, juntamente com a subsidiariedade. Para nós, a fragmentariedade é uma consequência da adoção dos três princípios (intervenção mínima, lesividade e adequação social), e não somente de um deles (o da intervenção mínima).

Destacando-se como pioneiro no uso do princípio da insignificância no Brasil, Toledo (1994, p. 133) que disponha em sua obra o Direito Penal e seu caráter fragmentário, só deve se ocupar dos delitos que afetem a proteção do bem jurídico, e não com bagatelas.

Acerca disso, é importante apontar os ensinamentos de Masson (2014, p. 56) ao descrever de que modo a fragmentariedade e a subsidiariedade atuam no direito penal, assim:

Princípio da fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal: Estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade. Em razão de seu caráter fragmentário, o Direito Penal é a última etapa de proteção do bem jurídico. Deve ser utilizado no plano abstrato, para o fim de permitir a criação de tipos penais somente quando os demais ramos do Direito tiverem falhado na tarefa de proteção de um bem jurídico, referindo-se, assim, à atividade legislativa. A palavra “fragmentariedade” emana de “fragmento”: no universo da ilicitude, somente alguns blocos, alguns poucos fragmentos constituem-se em ilícitos penais. Pensemos em uma visão noturna: o céu representaria a ilicitude em geral; as estrelas seriam os ilícitos penais.

Princípio da subsidiariedade: A atuação do Direito Penal é cabível unicamente quando os outros ramos do Direito e os demais meios estatais de controle social tiverem se revelado impotentes para o controle da ordem pública. Projeta-se no plano concreto – em sua atuação prática o Direito Penal somente se legitima quando os demais meios disponíveis já tiverem sido empregados, sem sucesso, para proteção do bem jurídico. Guarda relação com a tarefa de aplicação da lei penal.

Acerca do Princípio da Fragmentariedade explica Bitencourt (2012, p. 102), que o

“caráter fragmentário” do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. Além disso, segundo Greco (2015, p. 138) um a vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária.

Logo, temos que a utilização desses princípios na esfera penal está segundo os dizeres de Prado (2006, p. 138-139) que a subsidiariedade e a fragmentariedade aparecem como orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi*⁵ e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado Democrático de Direito, o doutrinador ainda acrescenta que o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.

Cumprе salientar, portanto, quanto à ideia do princípio da insignificância no que se refere ao crime bagatelar, com os parâmetros traçados pelo princípio da insignificância, legalidade, lesividade, intervenção mínima e fragmentariedade do Direito Penal e como meio de utilização da *ultima ratio*,⁶ que o crime bagatelar se dá em relação a crimes em que, no mínimo, o dano é mensurável, ou que o dano resultado da lesão típica seja desproporcional a alguns aspectos, aos quais se falará adiante. Mas essa compreensão não pode ser utilizada em crimes cuja lesão não é mensurável, como a violência ou valores, como a liberdade sexual.

2.7 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Na jurisprudência pátria não se discute mais sua aceitação. Tanto no STF quanto no STJ e nas instâncias inferiores, o princípio é amplamente aceito, contudo, até chegar a esse patamar muito já se discutiu na jurisprudência sobre o tema. É o que explica Bottini (2012, p. 534), quando esclarece que a primeira vez que o referido princípio foi apreciado no STF foi em 1998, sendo que:

⁵ Expressão em latim: “direito de punir” (CASTRO, 2014, p. 1).

⁶ Expressão em latim: “último recurso” (CASTRO, 2014, p. 1).

A primeira menção ao *princípio da insignificância* pelo Supremo Tribunal Federal disponível na jurisprudência digitalizada é feita em 1988, no Recurso em Habeas Corpus 66.869/PR, onde o Relator Min. Aldir Passarinho afasta a tipicidade de lesões corporais em acidente de trânsito pela pequena afetação do bem jurídico. Em que pese a adoção com reservas do princípio no campo dos acidentes de trânsito, o Tribunal tardou em aceitar sua extensão para outros tipos de delitos.

Por sua vez a corte máxima volta apreciar a aplicação do princípio Dez anos após essa data em um crime contra a administração pública no HC 77.003-4. Na oportunidade o Ministro Marco Aurélio reconheceu a insignificância da contratação de servidor sem concurso público por curto período de tempo, mas ainda passariam alguns anos até o reconhecimento consolidado do princípio na jurisprudência da Corte (BOTTINI, 2012, p. 534).

Já no de 2002, o STF passados Quatorze anos do primeiro caso, reconhece que a dificuldade para adoção da ideia de atipicidade diante da falta de previsão legal sobre o caso. Sobre isso Bottini (2012, p. 534) transcreve o trecho do parecer ministerial dos autos do HC 81.734-3/PR que retrata o impasse do STF:

“Malgrado tenha-se de reconhecer a existência de jurisprudência abordando o tema, posiciona-se o MPF no sentido de que a questão relacionada à insignificância – ou não – de determinados delitos ainda pende de decisão normativa que a legitime. Daí afirmar-se que o princípio da insignificância não apresenta uma metodologia própria, deixando, por isso, de fornecer um critério positivado no sentido de definir o que seja insignificância para o legislador”. Ainda que o julgado tenha tratado da aplicação do princípio em situação específica – posse de entorpecente em unidade militar –, nota-se pela fundamentação que a Corte afastou a insignificância não apenas pelo comportamento, mas pela falta de precisão do princípio e da ausência de definição legislativa sobre o tema. No entanto, por ocasião do julgamento mencionado, o Min. Sepúlveda Pertence já apontava alguma divergência com tal posição, e deixou consignada sua reserva com a declaração da inexistência da insignificância no direito brasileiro.

Dois anos depois ante a extrema necessidade de uniformizar a aplicação da insignificância ficou atrelada a determinação de requisitos, em 2004, no HC 84.412-0/SP, julgado em 19/10/2004, o ministro Celso de Mello cria os critérios para aplicação, conhecidos como vetores da insignificância. No mesmo ano o Ministro Marco Aurélio profere voto na qual reconhece a insignificância em crime de furto de modo a acompanhar o que já vinha decidindo o STJ.

Nessa esteira o STF passou a aplicar o princípio aos crimes patrimoniais. Ocorre que parte da doutrina critica que os vetores apresentados pelo STF são poucos precisos, o que se reflete em algumas divergências das Cortes Superiores. Assim explica Bottini (2012, p. 536):

Os critérios são distintos para cada Tribunal e para cada Ministro. Esboçou-se um critério para distinguir bens de *ínfimo valor* - aos quais seria aplicada a *insignificância*

- , bens de *pequeno valor* - aos quais seria aplicada a redução de pena do § 2º do art.155 do Código Penal; no entanto, esses parâmetros não consolidaram uma pauta segura para a aplicação do princípio. Ora se reconhece a atipicidade de furto de valores como R\$75,00, de R\$20,00, de R\$96,33, de R\$220,00, ora se reconhece a incidência da norma penal em furtos de celular no valor de R\$35,00 ou de gomas de mascar no valor de R\$98,00, sem que haja distinção fática apta a justificar as diferentes decisões.

Nota-se que ainda há muitos pontos de divergência entre o STJ e o STF, contudo, isso não impediu a adoção do princípio em âmbitos cada vez mais abrangentes e diversos.

2.7.1 Principais casos de Reconhecimento da Aplicação do Princípio da Insignificância:

a) Furto Simples: No Crime de Furto Simples é pacificamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência. Sobre isso explica Masson (2014, p. 2076):

São requisitos objetivos a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica. Por outro lado, seus **requisitos subjetivos** são a importância do objeto material para a vítima, levando-se em conta sua situação econômica, o valor sentimental do bem e também as circunstâncias e resultado do crime. O princípio da insignificância, desde que presentes seus requisitos objetivos e subjetivos, é, em tese, aplicável tanto ao furto simples como ao furto qualificado. Não basta para o reconhecimento do princípio da insignificância unicamente o ínfimo valor da coisa subtraída. Não incide o princípio da insignificância quando, embora a coisa subtraída seja de valor ínfimo, a conduta tenha provocado significativo prejuízo à vítima, ainda que sentimental (grivo nosso).

O STJ (BRASIL, 2015) em se tratando de furto entendeu no AgRg no REsp 1558547/MG de Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura no da 19/11/2015 que a lesão jurídica provocada não pode ser considerada insignificante quando o valor dos bens subtraídos perfaz mais de Dez Por Cento do salário mínimo vigente à época dos fatos e as características do fato demonstrem uma maior gravidade da conduta.

b) Crimes contra a Ordem Tributária: Os tribunais superiores vêm aplicando a insignificância nos crimes contra a ordem tributária, previstos no Art. 1º da Lei 8137/1990.

No Crime de Descaminho também considerado crime contra a ordem tributária com previsão no art. 334 do Código Penal tem como pacífico na jurisprudência pela aplicabilidade da insignificância, o critério utilizado é o valor sonegado de imposto. Trata-se de um crime com cunho eminentemente tributário, há uma sonegação. A jurisprudência aplica o mesmo critério para os crimes contra a ordem tributária. O STF reconhece a incidência da insignificância do descaminho se o valor do tributo sonegado não ultrapassar vinte mil reais, com base na Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda. (Informativo nº 739 do STF).

Nessa vereda, a jurisprudência de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski do STF (BRASIL, 2014) indica do valor para insignificância no crime descaminho:

Princípio da insignificância: alteração de valores por portaria e execução fiscal

A 2ª Turma, em julgamento conjunto, deferiu “habeas corpus” para restabelecer as sentenças de primeiro grau que, com fundamento no CPP (“Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: ... III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime”), reconheceram a incidência do princípio da insignificância e absolveram sumariamente os pacientes. Na espécie, os pacientes foram denunciados como incurso nas penas do art. 334, § 1º, d, c/c o § 2º, ambos do CP (contrabando ou descaminho). **A Turma observou que o art. 20 da Lei 10.522/2002 determinava o arquivamento das execuções fiscais, sem cancelamento da distribuição, quando os débitos inscritos como dívidas ativas da União fossem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00. Destacou que, no curso dos processos, advieram as Portarias 75/2012 e 130/2012, do Ministério da Fazenda, que atualizaram os valores para R\$ 20.000,00.** Asseverou que, por se tratar de normas mais benéficas aos réus, deveriam ser imediatamente aplicadas, nos termos do art. 5º, XL, da CF. Aduziu que, nesses julgados, além de o valor correspondente ao não recolhimento dos tributos ser inferior àquele estabelecido pelo Ministério da Fazenda, a aplicação do princípio da bagatela seria possível porque não haveria reiteração criminosa ou introdução, no País, de produto que pudesse causar dano à saúde. Os Ministros Teori Zavascki e Cármen Lúcia concederam a ordem com ponderações. O Ministro Teori Zavascki salientou o fato de portaria haver autorizado e dobrado o valor da dispensa de execução. A Ministra Cármen Lúcia observou que “habeas corpus” não seria instrumento hábil a apurar valores (grifo nosso).

Em entendimento diverso o STJ entende que o critério para insignificância no descaminho é de Dez mil reais (STJ, informativo 551) em função do art. 20 da Lei 10.522 de 19 de julho 2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. O STJ entende que uma portaria não tem força normativa para revogar uma lei. Dispõe o referido artigo (BRASIL, 2002):

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, **de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais),** (grifo nosso).

Ratificando o que prevê a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 o STJ (BRASIL, 2014) entendeu no REsp 1.393.317-PR o seguinte:

DIREITO PENAL. PARÂMETRO PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO. O valor de R\$ 20 mil fixado pela Portaria MF 75/2012 – empregado como critério para o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos inscritos na Dívida Ativa da União – não pode ser utilizado como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de descaminho. Inicialmente, importante ressaltar que o entendimento, tanto do STF quanto do STJ (REsp 1.112.748-TO, julgado sob o rito

do art. 543-C do CPC, DJe 13/10/2009), tem sido o de que incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o montante de R\$ 10 mil, valor este fixado pela Lei 10.522/2002 para servir como piso para arquivamento, sem baixa nos autos, de execuções fiscais. Mais recentemente, o Ministério da Fazenda editou a Portaria MF 75/2012, a qual elevou o valor de arquivamento para R\$ 20 mil. Desde então, o STF tem, em alguns de seus julgados, empregado o referido patamar para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância ao descaminho, quando o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o montante de R\$ 20 mil. Não obstante esse entendimento, importante analisar a validade formal da elevação do parâmetro pela Portaria MF 75/2012. Nesse passo, ressalte-se que, atualmente, com o advento da Lei 10.522/2002, o Ministro da Fazenda possui autonomia tão somente para estabelecer o cronograma, determinando as prioridades e as condições a serem obedecidas quando forem remetidos os débitos passíveis de inscrição em Dívida Ativa da União e cobrança judicial pela Procuradoria da Fazenda Nacional. A lei não previu a competência para que o Ministro da Fazenda, por meio de portaria, altere o valor fixado como parâmetro para arquivamento de execução fiscal, sem baixa na distribuição. Com isso, a alteração do valor para arquivamento de execução fiscal só pode ser realizada por meio de lei, não sendo a referida portaria, portanto, meio normativo válido para esse fim. Ademais, da leitura da aludida portaria, extrai-se que o valor foi estabelecido para orientar a ação em sede executivo-fiscal, com base apenas no custo benefício da operação; claramente, portanto, como uma opção de política econômico-fiscal. Em vista disso, importante ponderar: pode-se aceitar que o Poder Judiciário se veja limitado por parâmetro definido por autoridade do Poder Executivo, estabelecido unicamente por critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito? Afigura-se inusitada a compreensão de que o Ministro da Fazenda, por meio de portaria, ao alterar o patamar de arquivamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Pública, determine o rumo da jurisdição criminal de outro Poder da República. Por fim, não há como aplicar os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal ao caso analisado. O caráter fragmentário orienta que o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis; já o caráter subsidiário significa que a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos. Os referidos princípios penais ganhariam relevo se o atuar do Direito Administrativo eliminasse a lesão ao erário, e não na situação ora analisada, em que, por opção decorrente da confessada ineficiência da Procuradoria da Fazenda Nacional, queda-se inerte a Administração Pública quanto ao seu dever de cobrar judicialmente os tributos iludidos (grifo nosso).

c) Crimes Ambientais: Tanto o STJ quanto o STF aplicam a insignificância para os crimes ambientais. O STF (BRASIL, 2012) no julgamento do HC 112563/SC aplicou a insignificância em um caso de pesca proibida no período de defeso, conforme demonstra o julgado abaixo transcrito:

Princípio da insignificância e crime ambiental. A 2ª Turma, por maioria, concedeu habeas corpus para aplicar o princípio da insignificância em favor de condenado pelo delito descrito no art. 34, caput, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98 (“Art. 34: Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: ... Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: ... II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos”). No caso, o paciente fora flagrado ao portar 12 camarões e rede de pesca fora das especificações da Portaria 84/2002 do IBAMA. Prevaleceu o voto do Min. Cezar Peluso, que reputou irrelevante a conduta em face do número de espécimes encontrados na posse do paciente. O Min. Gilmar Mendes acresceu ser evidente a

desproporcionalidade da situação, porquanto se estaria diante de típico crime famélico. Asseverou que outros meios deveriam reprimir este tipo eventual de falta, pois não seria razoável a imposição de sanção penal à hipótese. Vencido o Min. Ricardo Lewandowski, que denegava a ordem, tendo em conta a objetividade da lei de defesa do meio ambiente. Esclarecia que, apesar do valor do bem ser insignificante, o dispositivo visaria preservar a época de reprodução da espécie que poderia estar em extinção. Ressaltava que o paciente teria reiterado essa prática, embora não houvesse antecedente específico nesse sentido (grifo nosso).

Por sua vez o STJ (BRASIL, 2015) reconheceu a aplicação da insignificância em crime ambientais no AgRg no AREsp 654.321/SC, entendo o seguinte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA MATÉRIA EMINENTEMENTE FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. **Predomina nesta Corte entendimento no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, devendo ser analisadas as circunstâncias específicas do caso concreto para se verificar a atipicidade da conduta em exame.** 2. O Tribunal local, soberano na reanálise do conjunto fático-probatório, concluiu pela não aplicação do referido princípio por entender que houve efetivo e substancial dano ao meio ambiente no ato de incendiar área de floresta. 3. Desconstituir o julgado demandaria, invariavelmente, a incursão no conjunto fático-probatório, providência incabível em sede de recurso especial ante o óbice contido na Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (grifo nosso).

d) Reiteração Criminosa: Se houver reiteração criminosa a insignificância não é aplicada. O STF e o STJ são pacíficos. Previu o STJ (BRASIL, 2014) no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.483.580 - RS, vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RÉ REINCIDENTE ESPECÍFICA E REITERAÇÃO DELITIVA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. **Constatou-se ser inaplicável o princípio da insignificância no caso dos autos, em virtude de a acusada ser reincidente específica, bem como ostentar maus antecedentes e inquéritos policiais em curso. Nesse contexto, o que se vê da conduta, em tese, repetida, é verdadeira habitualidade criminosa, circunstância que impede o reconhecimento da insignificância penal, uma vez ser imprescindível não só a análise do dano causado pela ação, mas também o desvalor da culpabilidade do agente, sob pena de se aceitar, ou mesmo incentivar, a prática de pequenos delitos, aumentando ainda mais a sensação de impunidade.** 2. Agravo regimental improvido (grifo nosso).

Do mesmo modo entendeu o STF (BRASIL, 2014) nº HC: 113411/PR de Relatoria do Ministro Teori Zavascki:

HABEAS CORPUS. PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. CONTUMÁCIA NA PRÁTICA DE CRIMES DA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DO

REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social.

2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal.

3. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade é indispensável, portanto, averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo sobre a contumácia da conduta do agente.

4. Não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica de delito contra a administração em geral (=descaminho), cometido por paciente que é costumeiro na prática de crimes da espécie. 5. Ordem denegada (grifo nosso).

É importante ressaltar que a reincidência por si só não óbice para a aplicação da insignificância a depender das circunstâncias do caso concreto, contudo o Supremo Tribunal Federal vem negando aplicação caso o réu seja reincidente ou já responda a outros inquéritos ou ações penais, é o que se verifica nos julgados HC 123108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123108), HC 123533/SP, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123533) e HC 123734/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123734) ambos relacionados no Informativo nº 793 do STF (BRASIL, 2015).

2.7.2. Principais casos de Não Reconhecimento da Aplicação do Princípio da Insignificância:

a) Crime de Roubo e Furto Qualificado: O roubo pela jurisprudência não se aplica, haja vista, que é um crime complexo, tem violência e/ou grave ameaça e nenhuma violência ou grave ameaça pode ser considerada insignificante. É o que diz o STF (BRASIL, 2012) no RHC 106.360/DF:

A jurisprudência do STF e do STJ é pacífica, no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes praticados com grave ameaça ou violência contra a vítima, incluindo o roubo: “É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo”.

E também o STJ (BRASIL, 2015) no RHC 56.431/SC:

[...] 2. O crime de roubo, porque investe contra bens jurídicos distintos, é dizer, o patrimônio e, notadamente, a integridade física, não pode ser considerado de mínima ofensividade, desprovido de periculosidade social, de reduzido grau de reprovabilidade e de inexpressividade, não rendendo ensejo à aplicação da princípio da insignificância. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.

Do mesmo modo, o STJ (BRASIL 2015) dispôs no AgRg no AREsp 746.011/MT que não aplica o princípio da insignificância para o furto qualificado. É o caso, por exemplo, do art. 155, § 4º, I do CP (furto com rompimento de obstáculo). Afirma-se que o rompimento de obstáculo para a prática do crime de furto denota a maior reprovabilidade da conduta do agente e afasta, por conseguinte, a incidência do princípio da insignificância.

b) Tráfico de Drogas e Crime de Posse de Drogas para uso Pessoal: Segundo precedentes do STF e do STJ, o delito de tráfico de drogas não comporta a incidência do princípio da insignificância, visto que se cuida de delito de perigo abstrato praticado contra a saúde pública. É o que dispõe o HC 155.391-ES do STJ, de Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/9/2010.

Sobre a posse de drogas para uso pessoal no STJ é pacífico no entendimento quanto à impossibilidade de aplicação, nesse sentido vejamos julgado recente (BRASIL, 2016):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.
ART. 28 DA
LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.
IMPOSSIBILIDADE.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta. Além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma - saúde pública. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (grifo nosso).

c) Contrabando: Tanto o STF quanto o STJ não aplicam a insignificância uma vez que não há aqui somente um crime eminentemente fiscal, o produto é proibido no Brasil. Ex. Importação ilegal de cigarros. É o que dispõem os julgados AgRg no AREsp 348.408-RR, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 18/2/2014 do Informativo nº 0511 e o REsp 1.212.946-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 04/12/2012 do Informativo nº 0345 ambos do STJ (BRASIL, 2008).

d) Crimes contra a Administração Pública: A posição majoritária é de que não se aplica

tendo em vista que o bem tutelado não é meramente material e sim a moralidade administrativa. Nesse sentido apontou o STF (BRASIL, 2011) no *Habeas Corpus* 102550 do PR, de Relatoria do Ministro Luiz Fux:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 95, D, DA LEI N 8.212/91, ATUALMENTE PREVISTO NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS AUSENTES. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. DELITO QUE TUTELA A SUBSISTÊNCIA FINANCEIRA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, BEM JURÍDICO DE CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; HC 97036/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; HC 93021/PE, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009.

2. In casu, os pacientes foram denunciados pela prática do crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias no valor de R\$ 3.110,71 (três mil, cento e dez reais e setenta e um centavos).

3. Deveras, o bem jurídico tutelado pelo delito de apropriação indébita previdenciária é a "subsistência financeira à Previdência Social", conforme assentado por esta Corte no julgamento do HC 76.978/RS, rel. Min. Maurício Corrêa ou, como leciona Luiz Regis Prado, "o patrimônio da seguridade social e, reflexamente, as prestações públicas no âmbito social" (Comentários ao Código Penal, 4. ed. - São Paulo: RT, 2007, p. 606).

4. Consectariamente, não há como afirmar-se que a reprovabilidade da conduta atribuída ao paciente é de grau reduzido, porquanto narra a denúncia que este teria descontado contribuições dos empregados e não repassado os valores aos cofres do INSS, em prejuízo à arrecadação já deficitária da Previdência Social, configurando nítida lesão a bem jurídico supraindividual. O reconhecimento da atipicidade material in casu implicaria ignorar esse preocupante quadro. Precedente: HC 98021/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 13/8/2010. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada (grifo nosso).

Assim, verifica-se que a jurisprudência tem ampliado a adoção do princípio da insignificância em âmbitos cada vez mais abrangentes, a ponto de destacar sua natureza de mecanismo de auxílio para uma política-criminal justa e digna.

3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELOS DELEGADOS DE POLÍCIA

São cada vez mais recorrentes discussões acerca da aplicação do Princípio da Insignificância pelo delegado de polícia tanto na lavratura do auto de prisão em flagrante quanto no momento da instauração do Inquérito Policial. É fato que o inquérito policial é procedimento causador de demasiado constrangimentos extraprocessuais aos investigados em um processo penal, com repercussões extremas na sociedade, afetando os seus direitos humanos fundamentais relevantes, como a honra, a intimidade, a privacidade, a imagem, a reputação, e muito, o *status dignitatis*⁷ de qualquer cidadão.

Assim afirma Castro (2016, p. 48), o inquérito policial representa um constrangimento ao investigado, embora esse que só será legal se houver justa causa a motivar a instauração do procedimento. É dizer, a deflagração de inquérito policial depende da possibilidade de se reunir um conjunto de elementos mínimos capazes de estabelecer um liame entre autoria e materialidade de uma infração penal.

Diante disso, é crescente o número de delegados que ante a constatação de que o fato objeto de investigação se refere à conduta insignificante, opta pela não instauração do inquérito policial, imprimindo como justificativa a busca pela economia processual, a necessidade de impedir o encarceramento desnecessário e a proteção à dignidade da pessoa humana. Ocorre que há divergência doutrinária acerca da possibilidade de o delegado de polícia aplicar o princípio da insignificância, não existindo qualquer posição consolidada sobre o tema na jurisprudência.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou que à aplicação do princípio da bagatela deve ser feita pela autoridade judiciária, é o que descreve o Informativo 441 do STJ (BRASIL, 2010):

PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. FURTO. RESISTÊNCIA. A Turma concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus* a paciente condenado pelos delitos de furto e de resistência, reconhecendo a aplicabilidade do princípio da insignificância somente em relação à conduta enquadrada no art. 155, *caput*, do CP (subtração de dois sacos de cimento de 50 kg, avaliados em R\$ 45). Asseverou-se, no entanto, ser impossível acolher o argumento de que a referida declaração de atipicidade teria o condão de descaracterizar a legalidade da ordem de prisão em flagrante, ato a cuja execução o apenado se opôs de forma violenta. Segundo o Min. Relator, no momento em que toma conhecimento de um delito, surge para a autoridade policial o dever legal de agir e efetuar o ato prisional. **O juízo acerca da incidência do princípio da insignificância é realizado apenas em momento posterior pelo**

⁷ Expressão em latim: “dignidade humana resguardada” (CASTRO, 2016, p. 48).

Poder Judiciário, de acordo com as circunstâncias atinentes ao caso concreto. Logo, configurada a conduta típica descrita no art. 329 do CP, não há de se falar em consequente absolvição nesse ponto, mormente pelo fato de que ambos os delitos imputados ao paciente são autônomos e tutelam bens jurídicos diversos (grifo nosso).

Seguindo a mesma linha de pensamento do Superior Tribunal de Justiça, Távora e Lima (2017, p. 164) esclarecem:

Restaria ainda a provocação acerca da possibilidade ou não da autoridade policial invocar o princípio da insignificância para deixar de instaurar o inquérito policial. A posição francamente majoritária tem se inclinado pela impossibilidade do delegado de polícia invocar o princípio da insignificância para deixar de atuar, pois estaria movido pelo princípio da obrigatoriedade. A análise crítica quanto à insignificância da conduta (tipicidade material) caberia ao titular da ação penal, que na hipótese, com base no inquérito elaborado, teria maiores elementos para promover o arquivamento, já que a insignificância demonstrada é fator que leva à atipicidade da conduta. Assim, deve o delegado instaurar o inquérito policial, concluí-lo e encaminhá-lo ao juízo, evitando, contudo, o indiciamento. A manifestação acerca da insignificância deve ficar com o titular da ação penal. Nada impede, porém, que instaurado o inquérito policial, possa o suposto autor da conduta insignificante, diante do constrangimento ilegal, impetrar *habeas corpus* para trancar o procedimento investigatório iniciado.

Apesar das posições contrárias, cabe ressaltar que o procedimento investigatório previsto no Código de Processo Penal Brasileiro é de competência exclusiva de Estado e exercida pelo Delegado de Polícia como afirma o art. 2º, §1º, da Lei nº 12.830/13, o que demanda por parte da autoridade policial uma análise técnico-jurídica do fato, devendo ser indicada a autoria, a materialidade e suas circunstâncias, logo, está explícito que o delegado de polícia faz controle de constitucionalidade e de convencionalidade do fato, de modo, que sua atuação jurídica o habilita a determinar a incidência ou não princípio da insignificância.

Além disso, o delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, exerce cargo público de natureza jurídica, possuindo aptidão técnica para proceder à análise técnico-jurídica do caso concreto, identificando se estão presentes os pressupostos para aplicação do princípio da insignificância. A fim de corroborar com tal afirmação o legislador promulgou a Lei 12.830/2013 que dispõe em seu Art. 2º, que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado (BRASIL, 2013).

Dessa forma, em sendo a função do Delegado de Polícia de natureza jurídica não se pode afastar do mesmo a aplicação do princípio da insignificância já na fase do inquérito. Seguindo esse pensamento afirma Cabette (2013, p. 2):

Demonstrado que o Princípio da Insignificância conduz à atipicidade material do fato, bem como que é dado ao Delegado de Polícia o Poder – Dever de arquivar Boletins

de Ocorrência que noticiem fatos atípicos ou que, por qualquer motivação, não ensejem justa causa para o desatar de uma persecução criminal, insta indicar como deve proceder a Autoridade Policial, em sua missão legal e constitucional na garantia dos Direitos Fundamentais da pessoa face à constatação de um delito bagatelar.

Nessa mesma perspectiva, se o fato é atípico para o juiz ou promotor de justiça, não deixará de ser para a autoridade policial, tendo em vista que a atipicidade material do fato se faz presente desde o início, o que possibilita ao delegado identifica-la. Nesse ínterim, a moderna doutrina vem caminhando no sentido a admitir a aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, o que vemos com o entendimento de Masson (2014, p. 148) que leciona em sua obra:

[...] o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial.

Não se pode conceber, exemplificativamente, a obrigatoriedade da prisão em flagrante no tocante à conduta de subtrair um único pãozinho, avaliado em poucos centavos, do balcão de uma padaria, sob pena de banalização do Direito Penal e do esquecimento de outros relevantes princípios, tais como o da intervenção mínima, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da lesividade.

Para nós, o mais correto é agir com prudência no caso concreto, acolhendo o princípio da insignificância quando a situação fática efetivamente comportar sua incidência (grifo nosso).

Cabe ao delegado enquanto primeiro interprete do direito a ter acesso a *notitia criminis*⁸ assegurar o cumprimento das leis e, especialmente, da Constituição, de modo a garantir a proteção aos direitos fundamentais do investigado, e tal proteção se traduz quando da aplicação do princípio da insignificância própria.

Essa proteção aos direitos fundamentais se traduz no cuidado por parte do Estado em evitar a todo custo à exposição desnecessária ao encarceramento, que quando aplicado sem controle gera prejuízos sociais irreparáveis. Assim, à aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado teria apenas a finalidade de evitar uma prisão em flagrante ou de não ensejar justa causa com o desatar de uma persecução penal de uma conduta sem qualquer grau de tipicidade material, a qual a denúncia ou condenação não se sustentaria em sede judicial. Além do mais, inexistente qualquer dispositivo que limite a análise de tal circunstância pelo delegado, é o que afirma Castro (2016, p. 49):

Inexiste dispositivo legal limitando a análise do delegado de Polícia à tipicidade

⁸ Expressão em latim: “comunicação feita à autoridade policial da existência de um crime” (MASSON, 2014, p. 147).

formal. Ademais, o inquérito policial desacompanhado do *fumus commissi delicti* traduz um procedimento natimorto, fadado a movimentar inutilmente a máquina estatal, com todo o ônus decorrente. A instauração indiscriminada de cadernos investigativos acarreta imenso prejuízo financeiro ao Estado, sendo custo do procedimento indevido assimilado pela coletividade.

(...) Demais disso, não se pode esquecer o contexto brasileiro de superlotação carcerária, onde existem mais de 570 mil pessoas segregadas, sendo quase a metade por prisões provisórias, cenário que seria indevidamente agravado caso fosse obrigatória a prisão dos responsáveis por condutas penalmente insignificantes.

Com efeito, se a insignificância for perceptível *primo ictu oculi*, o delegado de Garantias não só pode como deve aplicar o princípio da insignificância e se abster de lavrar auto de prisão em flagrante ou mesmo de baixar portaria de instauração de inquérito policial.

Destarte, a aplicação do princípio em apresso pelo delegado se traduz em verdadeiro caráter garantidor da liberdade fundamental, nesse ponto é preciso ressaltar as palavras de Castro (2016, p. 53):

Mais do que um poder do delegado de Polícia, a aplicação do princípio da insignificância é um dever no desempenho da sua missão de garantir direitos fundamentais, devendo ser repelidas eventuais interferências escusas em detrimento do interesse público. Entendimento diverso reduziria a autoridade Policial a mero instrumento repressivo focado em ninharias, reforçando o viés seletivo do Direito Penal.

Como decorrência desse novo posicionamento da doutrina, a fim de dar maior relevo a tal entendimento, durante o 1º Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, realizado nos dias 17 e 18 de novembro de 2014, foi editado o seguinte enunciado conforme ensina Zanotti e Santos (2017, p. 03):

Enunciado nº 10: O Delegado de Polícia pode, mediante decisão fundamentada, deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, justificando o afastamento da tipicidade material com base no princípio da insignificância, sem prejuízo de eventual controle externo.

É no mesmo sentido o teor das Súmulas nº 6, aprovada no I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo: Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal, realizado na Academia de Polícia Coriolano Nogueira Cobra, em 26 de setembro de 2013, com a participação de Delegados da Polícia Civil do Estado de São Paulo e da Polícia Federal como aponta Zanotti e Santos (2017, p. 03):

Súmula nº 6. É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa.

Outro fator de discussão é sobre a possibilidade da dispensa da lavratura do Auto de prisão em flagrante quando presentes as circunstâncias ensejadoras da aplicação do Princípio da Insignificância, cabendo no caso os mesmos fundamentos supramencionados.

Nesse ponto, cumpre salientar que a partir do ano de 2016 passou a ser aplicado nos tribunais brasileiros o projeto audiência de custódia em cumprimento a Resolução n. 231, de 15 de dezembro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça que definiu em seu Art. 1º que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão (CNJ, 2015). Essa nova regra se traduz na celeridade de aplicação do preceito exposto no § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, que dispõe que o próprio preso já será apresentado em Juízo juntamente com o auto flagrancial, assim, segundo o Código de Processo Penal cabe somente ao Juiz analisar a questão da presença ou não de excludentes de criminalidade e, se presente, deve conceder a liberdade provisória após a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante pela Autoridade Policial.

Contudo, toda essa movimentação do aparato judicial poderia ser simplificada caso já no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante o delegado pudesse, estando evidentes os requisitos para aplicação do princípio da insignificância, tratando-se de fato atípico, deixar de lavrar o auto, devendo para tanto, registrar a ocorrência e remeter as peças ao Poder Judiciário, sempre consignando seu entendimento pela não lavratura do procedimento. É fato que a não abertura de inquérito ou lavratura do auto não prejudica o poder punitivo estatal, haja vista que caso ocorresse erro de julgamento por parte do delegado, é possível que o Ministério Público e a Corregedoria da Polícia efetuem o controle externo sustentando posição diversa.

Logo, mesmo diante do posicionamento diverso do STJ, é proporcional reconhecer que a Autoridade Policial pode e deve arquivar ocorrências registradas, claro que somente de maneira fundamentada, quando perquirir a presença da tipicidade material.

Por fim, é inegável o crescente movimento pela aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia, ao passo que a possível consequência da falta do reconhecimento, pelo delegado, na fase pré-processual, alicerça-se no tempo e movimento da máquina estatal, dispensados para a reprimenda de uma conduta que, muito provavelmente, não é delituosa e não enseja crime. Aquilo que de antemão já poderia ser tratado e reconhecido na fase policial, pelo delegado, só o será posteriormente, acontecendo, muitas vezes, após uma prisão desnecessária, injusta em alguns casos, que poderia ser evitada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a análise do Princípio da Insignificância, observa-se que sua origem fática se deu no Direito Romano, principalmente no âmbito cível, sendo conhecido através do brocardo *de minimis non curat praeter* e que sua difusão ocorreu na Alemanha devido o período de guerras e crises social.

Traduz que certas condutas, muito embora previstas como infrações na lei penal, no caso concreto merecem ser descaracterizadas, por constituírem irrelevantes a título de lesão ao bem jurídico.

Apesar de não haver legislação específica regulamentando o mesmo, doutrina e jurisprudência majoritárias têm entendido pela sua aplicação. Tal princípio representa importante vetor de garantia para a efetividade do princípio da intervenção mínima.

O Princípio da Insignificância relaciona-se com o fato típico (análise do desvalor da conduta e do resultado). Tendo como requisitos autorizadores de ordem objetiva a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica. Por sua vez no que refere aos requisitos subjetivos, há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão.

Ocorre que o Princípio da Bagatela, não se resume na verificação do valor real do bem jurídico ofendido, ou seja, seu valor econômico. Na verdade, o princípio refere-se à insignificância da situação e do dano provocado ao contexto social, ou seja, a forma com que a ação ou omissão podem afetar a ordem social. Sendo tomado como instrumento de interpretação restritiva do Direito Penal, que não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal (tipicidade formal — subsunção da conduta à norma penal), mas também fundamentalmente em seu aspecto material (tipicidade material — adequação da conduta à lesividade causada ao

bem jurídico protegido).

Desse modo, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. Nesse momento o Princípio da Insignificância atua como excludente de tipicidade, pois os crimes de bagatela, considerados insignificantes, consideram-se incapazes de provocar lesão ou perigo de lesão efetiva, o que torna inexistente a tipicidade material e, sem ela, o fato deixa de ser típico e, consequentemente de ser crime.

Diante disso, uma vez que a conduta delituosa que se amolda a esses preceitos será considerada atípica não cabe conceber que a Autoridade Policial que primeiro faz a análise delitiva do fato não poderia aplicar.

Não há qualquer disposto legal no ordenamento jurídico brasileiro que impeça que o Delegado de Polícia ante o reconhecimento da insignificância faça sua aplicação já no inquérito com o objetivo de garantir que o investigado não seja submetido ao martírio desumano das prisões brasileiras, ou ainda que máquina estatal seja usada no prosseguimento de uma ação penal desacompanhada de *fumus comissi delicti* acarretando prejuízo ao Estado.

Em que pese à posição do Superior Tribunal de Justiça quando a aplicação do princípio apenas pela autoridade judiciária, não pode ser renegada ao delegado de polícia enquanto interprete do direito, a atribuição de contribuir com a celeridade das soluções para os casos concretos, pois não se pretende abstrair da autoridade judiciária o seu “poder dever” de reconhecer a insignificância, mas somar ao ordenamento a possibilidade de o Delegado de Polícia contribuir ainda mais efetivamente com a presteza da persecução penal.

E por fim, conceber ao delegado a atribuição de aplicar a bagatela própria já na fase inquisitorial é antes de tudo garantir ao acusado a aplicação máxima da legalidade através da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

AURÉLIO, Dicionário. **Insignificância**. Dicionário Aurélio on line. 09 abr. 2017. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/insignificancia>>. Acesso em: 09 Abr. 2017.

FILGO, Diomar Ackel. **Revista de Jurisprudência do TACrim**, v.94, abr./jun. 1998.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal: A confusa exegese do princípio da insignificância**. Luiz Rascovski (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar em habeas corpus 84.412-0** São Paulo, do Tribunal de Justiça do São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 512 de Jurisprudência. Habeas-corpus n. 90125-RS**, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão: Ministro Eros Grau, Acórdão, julgado em 24 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 106.360/DF**, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 3/10/2012). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 92463 RS, Relator Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 13/09/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n. 441 de Jurisprudência. Habeas-corpus n. 154.949-MG** – do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Ministro Felix Fischer, Acórdão, julgado em 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 793 de Jurisprudência**, de 03 a 07 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo793.htm#Princípio da insignificância: reincidência e crime qualificado - 4>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n. 0345**, de 18 a 22 de fevereiro de 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0345.rtf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 155.391-ES** do STJ, de Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/9/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 109.183/RS, rel. Min. Luiz Fux, 1.^a Turma, Data de Julgamento: 12.06.2012, noticiado no *Informativo* 670. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 96.003/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.^a Turma, Data de Julgamento: 02.06.2009, noticiado no *Informativo* 549. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 97220 – MG, 2.^a T., rel. Ayres Brito, Data de Julgamento: 05/04/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 120620/RS e Habeas Corpus 121322/PR**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 18/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 113411 PR**, Relator: Ministro Teori Zavascki, Data de Julgamento: 24/06/2014, Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 102550 PR, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 20/09/2011, Primeira Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 29 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 112563/SC**, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 21/08/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus 60949 – PE**, do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Relator: Ministra Laurita Vaz, Acórdão, Data de Julgamento: em 20 de novembro de 2007. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.224.795/RS**, rel. Min. Gilson Dipp, 5.^a Turma, Data de Julgamento: 13/03/2012, noticiado no *Informativo* 493. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 31.612-PB**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 20/5/2014, noticiado no *Informativo* 541. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.393.317-PR**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/11/2014. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 654.321/SC**, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 17/06/2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp1558547-MG**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a Turma, Data de Julgamento em 19/11/2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 56.431/SC**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Data de Julgamento em 18/6/2015, DJe 30/6/2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC 68686 / MS**. Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, Data de Julgamento em 01/09/2016. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.483.580 – RS**, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme, Quinta Turma, Data de Julgamento em 18/12/2014. . Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. 6.^a Turma. **AgRg no AREsp 746.011/MT**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 05/11/2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **AgRg no AREsp 348.408-RR**, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 18/2/2014 do *Informativo* nº 0511. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **REsp 1.212.946-RS**, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 4/12/2012 do *Informativo* nº 0345. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.** In Planalto. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm> Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia:** Brasil x Portugal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3669, 18 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24967>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; GOMES, Rodrigo Carneiro; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Investigação Criminal pelo Polícia Judiciária** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015.** Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf> . Acesso em: 30 jun. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GALVÃO, Paulo Murilo. **Aulas de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade** - v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Código Penal: comentado.** 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MICHAELIS, Dicionário. **Insignificância.** Dicionário Michaelis on line. 09 abr. 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=INSIGNIFIC%C3%82NCIA>>. Acesso em: 09 Abr. 2017.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

_____. **Direito penal esquematizado:** Parte geral, volume 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2015.

PERISSOLI, Diogo de Oliveira. Análise detalhada do princípio da insignificância. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 141, out 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16481&revista_caderno=3>. Acesso em 30 abr 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 1. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, Lisboa: Ed. Vega, 2000.

SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. **Hipóteses em que o delegado de polícia pode(ria) deixar de formalizar a prisão em flagrante ou substituí-la por prisão domiciliar**. *Empório do Direito*, 28 jan 2017. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/hipoteses-em-que-o-delegado-de-policia-poderia-deixar-de-formalizar-a-prisao-em-flagrante-ou-substitui-la-por-prisao-domiciliar/>>. Acesso em 30 abr 2017.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.